



FAS@JUS

e-Revista da Faculdade de Direito Santo Agostinho, v. 6, n. 2 - jul.-dez. 2016

ISSN 2179-8222



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.^a Dr.^a 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 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.^a Dr.^a 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/ 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. 6, n. 2, 2016 - . - Montes Claros, MG. Fundação Santo Agostinho, 2016-
v. : il. 21 x 29cm.

Semestral

ISSN 2179-8222

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

CDU: 34 (05)



SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	7
ENTREVISTA	
<i>Juiz Federal Antônio César Bochenek</i>	13
ARTIGOS DO CORPO DISCENTE	
Princípio da Irrelevância Penal do Fato: medida político-criminal sob o enfoque funcionalista <i>Igor Emanuel Pereira Silva</i>	19
A Evolução dos Direitos Humanos e da Democracia com Enfoque em uma Análise Atual <i>Lucas Antonio Rodrigues Lima</i> <i>Lucas Milton Prates Cruz</i>	31
O Regime Flexibilizante dos Tempos Líquidos: a mudança perpétua como único aspecto permanente das relações trabalhistas <i>Lucas Versiani Cardoso</i>	39
A Obrigação da Convivência Paterno-Filial <i>Marlaine do Carmo Silva Martins</i>	53
O Constitucionalismo no Brasil e a Separação dos Poderes Ricardo Oliveira Martins <i>Thaís Carolina Sousa Guedes</i>	61
Corrupção Embasada no Individualismo Social Brasileiro <i>Valquíria Gomes de Moura</i>	69
Apreciação do Princípio da Dignidade Humana para Garantir o Mínimo Social Constitucionalizado às Pessoas com Deficiência <i>Werley Pereira de Oliveira</i>	77
ARTIGOS DE EGRESSOS	
A Tutela Antecipada no Estado Democrático de Direito Edmilson Araújo Rodrigues <i>Cynara Silde Mesquita Veloso</i>	87
Dissolução Irregular e Responsabilidade Tributária: quando os sócios-gerentes passam a se responsabilizar pelos débitos fiscais <i>Igor Coelho Antunes Ribeiro</i>	97
NORMAS PARA PUBLICAÇÃO	107

APRESENTAÇÃO

Este segundo semestre de 2016 representa o fim do sexto ano seguido, com publicações extremamente em dia sem qualquer atraso de meses ou semestres, da Fas@Jus, a e-Revista do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho. Neste volume 6, número 2, a Fas@Jus se mostra cheia de boa qualidade.

A seção **Entrevista** volta e o faz com qualidade. A entrevista do semestre é com o Juiz Federal Antônio César Bochenek, da Justiça Federal da Quarta Região, lotado no Estado do Paraná. Professor Universitário, com doutorado em Direito, o Juiz Federal César Bochenek fala da Associação dos Juízes Federais do Brasil, entidade que presidiu por dois anos, da carreira de Juiz Federal, da competência da Justiça Federal e, como não poderia deixar de ser, ainda faz referência à atuação da Justiça Federal em causas notórias atuais em que a União participa. Notadamente, quanto aos processos que envolvem corrupção.

Uma seção da Fas@Jus, a e-Revista do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho, é destinada aos Acadêmicos da Casa. Esta é a comprovação, reiteradamente impressa, de que o Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho tem a iniciação científica como fator verdadeiro, não figurando apenas em sua “missão” apresentada aos órgãos encarregados da renovação de reconhecimento do Curso e do credenciamento da Faculdade.

Dispondo-se a escrever sobre o tema “Princípio da Irrelevância Penal do Fato: medida político-criminal sob o enfoque funcionalista”, o **Acadêmico Igor Emanuel Pereira Silva** descreve invocando a Filosofia do Direito e as Ciências próximas do Direito Penal, sobre o Princípio da

Bagatela ou Princípio da Irrelevância Penal. Um texto bem construído, fundamentado com autores de diversas nacionalidades e que busca informar aos leitores acerca do assunto com a máxima competência. Uma oportunidade de uma leitura comparável com as grandes doutrinas, presente neste volume e número da Fas@Jus, da lavra de um Acadêmico que demonstra ser, antes de escritor, um grande leitor.

Uma parceria entre os **Acadêmicos Lucas Antonio Rodrigues Lima** (da Faculdade de Direito Santo Agostinho) e **Lucas Milton Prates Cruz** (da Faculdade Pitágoras de Montes Claros), faria com que o artigo denominado “A Evolução dos Direitos Humanos e da Democracia com Enfoque em uma Análise Atual” pudesse ser encaixado tanto na seção dos autores pertencentes ao corpo discente da Faculdade de Direito Santo Agostinho quanto na seção de Elo com outras Instituições de Ensino Superior. A opção pela seção dos Acadêmicos é em valorização aos cientistas da Casa. Os Acadêmicos analisam a democracia em suas modalidades de Democracia Representativa e Direta desde a antiga Grécia, passando por fenômenos de exceção como a Segunda Grande Guerra até chegar à discriminação de alguns que deveriam participar ativamente, em termos de Brasil. E ainda apontam quais os debates necessários à continuidade do sistema democrático e a consolidação do Estado Democrático de Direito.

Em um artigo científico denominado “O Regime Flexibilizante dos Tempos Líquidos: a mudança perpétua como único aspecto permanente das relações trabalhistas”, o **Acadêmico Lucas Versiani Cardoso** revela-se mais do que um estudante entusiasmado e comprometido: mostra-

-se doutrinador, pesquisador e pessoa dotada de capacidade de expor, com qualidade, um texto científico. Ao tratar da Modernidade Líquida como tema principal do seu texto científico, o autor faz referência do Direito do Trabalho de longas eras, analisa toda a situação atual e o porquê de haver instabilidade de emprego e demonstra, em um texto de fluência rara, o tanto que estudou e se preparou para produzir o artigo. Uma pesquisa verdadeira.

Um artigo científico constante deste número é de autoria da **Acadêmica Marlaine do Carmo Silva Martins**. Ela escreve sobre “A Obrigação da Convivência Paterno-Filial”. Parte dos conceitos e ensinamentos de diversos autores do Direito de Família no Brasil, analisa o Estatuto da Criança e do Adolescente e chega até uma decisão do Superior Tribunal de Justiça para fundamentar os seus argumentos quanto à responsabilidade que os pais têm em relação aos filhos. Responsabilidade que ultrapassa questões como guarda ou alimentos, chegando à necessidade da oferta de afeto e criação. A ponto de o abandono parental ser passível de ser objeto de indenização pelo dano moral causado.

Em um texto com dados valiosos dados históricos, os **Acadêmicos Ricardo Oliveira Martins** e **Thaís Carolina Sousa Guedes** escreveram sobre “O Constitucionalismo no Brasil e a Separação dos Poderes”. A discussão científica é acerca dos poderes Executivo, Legislativo, Judiciário e Moderador (quando este último existia), com traços de todas as Constituições brasileiras desde 1824, e em todas sendo estudado o valor que cada Poder tinha. O artigo ainda apresenta a valiosa cooperação no sentido de explicar que o ato de terem vindo a lume uma Constituição, pelo menos nos casos brasileiros, nem sempre teve o fito de atender aos anseios do povo, pois já houve Constituição outorgada apenas para legitimar o Poder instituído e, mais recentemente, uma nova Constituição com a finalidade de eliminar da memória brasileira outro

tempo constitucional.

Disposta a demonstrar o quanto a sociedade individualista se torna corrupta, por pensar somente em si em vez de socializar conhecimentos e atitudes, a **Acadêmica Valquíria Gomes de Moura** descreve sobre “Corrupção Embasada no Individualismo Social Brasileiro”. No texto, a autora faz uma visita à origem da sociedade coletiva e demonstra os caminhos da mutação para uma época em que o individualismo impera. Trata de questões filosóficas e sociológicas e, ao fim, comunica que os tempos modernos, de liquidez de atitudes e de comportamentos, está transformando as pessoas tão donas de si próprias que passam a agir de forma desonesta em todas as searas, partindo das atitudes dentro de casa, na escola e, principalmente, na administração da coisa pública.

Em artigo científico de nome longo e qualidade idem, o **Acadêmico Werley Pereira de Oliveira** se dispõe a escrever sobre “Apreciação do Princípio da Dignidade Humana para Garantir o Mínimo Social Constitucionalizado às Pessoas com Deficiência”. Com a experiência de já ter no currículo outro Curso de graduação e um Mestrado (pós-graduação *stricto sensu*), o autor ainda se calça nos amplos estudos já feitos para produzir outros artigos científicos com temática parecida. O que comprova ser ele um estudante das questões relacionadas ao Benefício de Prestação Continuada, sistema de assistência social que é ofertada a pessoas que, mesmo jamais tendo contribuído para com o Instituto Nacional do Seguro Social, sobrevive com até um quarto do salário mínimo como renda familiar e que, comprovadamente, encontra-se impossibilitada para o exercício profissional por deficiência ou idade avançada.

Há uma seção na Fas@Jus, a e-Revista do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho, que é destinada aos Egressos. O Curso de Direito, de fato, valoriza os seus ex-alunos, mantendo com eles constante diálogo e lhes

abrindo páginas de oportunidades para publicações científicas. Sobretudo, o que se deseja é que o espírito de pesquisador, de cientista, que o Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho prega, continue firme no pensamento dos seus ex-alunos. Como apenas desejar é pouco, há a oferta de oportunidade de publicações. E é, para este veículo de publicação científica, um privilégio manter esta seção ativa, porque privilégio mesmo é o contato permanente com o egresso.

O egresso **Edmilson Araújo Rodrigues** se associou à **Professora Doutora Cynara Silde Mesquita Veloso** e produziram o artigo científico denominado “A Tutela Antecipada no Estado Democrático de Direito”. Trata-se de estudo profundo acerca da nova modalidade de antecipação de tutela constante do Código de Processo Civil de 2015, que entrou em vigor em 2016. O estudo, um dos primeiros e mais bem elaborados do Brasil, fala da tutela provisória de urgência antecipada, em suas duas concepções definidas no Código de Processo Civil e concluem os autores que a medida não se prestar à garantia dos princípios do Estado Democrático de Direito, pois, ao serem concedidas medidas, ainda que provisórias, sem ouvir a parte contrária, faz com que haja a inaceitável supressão das garantias processuais do contraditório, da isonomia e da ampla defesa.

Um outro ex-aluno do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho é **Igor Coelho Antunes Ribeiro**. Ao escrever sobre o tema “Dissolução Irregular e Responsabilidade Tributária: quando os sócios-gerentes passam a se

responsabilizar pelos débitos fiscais”, o egresso em Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho demonstra ser um pesquisador de grande marca. Desfila conhecimento acerca do Direito Empresarial e do Direito Tributário, e busca subsídios jurídicos nas decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Quanto a este último, o principal foco é quanto à Súmula 435, que, ao fim da explicação, o autor explica não poder ser, segundo normas constitucionais e infraconstitucionais, aplicado em todo e qualquer caso de dissolução irregular de sociedade, a situação em que o empresário, sem conseguir pagar os tributos - muitas vezes, exatamente porque, honesto, pagou tributo demais enquanto pôde - vê-se obrigado a encerrar as atividades sem que, legalmente, possa dar baixa na empresa. Baixa essa que a lei impõe que somente existirá quando paga todos os tributos devidos.

Neste segundo semestre de 2016, ao completar o volume 6, número 2, a Fas@Jus, e-Revista do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho, mostra-se completa e consciente de que traz em seu bojo uma variada gama de pesquisadores, cientistas, estudantes e comprometidos para com o processo de escrever com arte.

E deseja que seja grande a contribuição para seus leitores, porque todo o esforço foi feito neste sentido.

Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso
Editor

ENTREVISTA

ENTREVISTA

Juiz Federal Antônio César Bochenek

A Justiça Federal tem competência para julgar as causas nas quais atuam a União, as entidades autárquicas e as Fundações de âmbito federal. A importância da Justiça Federal tem se elevado a cada instante, em razão dos julgamentos que ganham cada vez mais espaço na imprensa falada, escrita e televisionada. Está agora, ao alcance de todos.

Mas, ainda há um razoável desconhecimento, por parte da população como um todo, detalhes especialmente quanto à competência da Justiça Federal e da Justiça Estadual.

A Revista Fas@Jus apresenta uma entrevista com o Juiz Federal Antônio César Bochenek, que é Professor Universitário, tem Doutorado em Direito e, até abril de 2016, foi Presidente da Associação dos Juízes Federais do Brasil (Ajufe), entidade atuante e que tem um sistema de mandato de Diretoria dos mais democráticos que existem entre as entidades de classe.

O Professor César Bochenek está nos quadros da Justiça Federal desde o ano 1999, tendo chegado à direção mais elevada da Ajufe por ter sido um destaque entre os seus Colegas Juízes Federais. Atua no Estado do Paraná.

Modesto, evitou citar em sua entrevista a sua proximidade com o Juiz Sérgio Moro, com quem tem textos científicos escritos em parceria e com quem tem boa amizade.

A seguir, a entrevista.

Fas@Jus: Fale sobre a experiência de ter presidido a Ajufe e o que é Ajufe.

Juiz Federal César Bochenek: A presidência da Associação dos Juízes Federais do Brasil (Ajufe) foi uma experiência incrível, ainda mais pelo momento vivido pelo país. A associação foi chamada, por diversas vezes, tanto para esclarecer como para manifestar sobre diversos pontos

relacionados aos processos judiciais em andamento, como a operação Lava Jato e de outras em tramitação na justiça federal brasileira.

Compartilhar com valorosos colegas da diretoria a tomada de decisões do rumo da associação foi um exercício de paciência e aprendizado constante na busca da melhor prestação jurisdicional, possibilitando a oferta de condições físicas e estruturantes para os juízes federais de todo o Brasil realizarem suas atividades.

Fas@Jus: Qual a data da eleição de Vossa Excelência para a Presidência da Ajufe?

Juiz Federal César Bochenek: O processo eleitoral da Ajufe é sempre realizado no mês de abril dos anos pares, ou seja, eu fui eleito em abril de 2014 para exercer a presidência por dois anos.

Fas@Jus: Quando Vossa Excelência foi aprovado em concurso para a Justiça Federal?

Juiz Federal César Bochenek: Fui aprovado no VIII concurso público de Juiz Federal Substituto do Tribunal Regional Federal da 4.^a Região, no ano de 1999.

Fas@Jus: É possível descrever a competência da Justiça Federal?

Juiz Federal César Bochenek: A competência da Justiça Federal está definida no artigo 109 da Constituição Federal. Apenas as demandas que se encaixarem numa das hipóteses do artigo 109 poderão ser processadas e julgadas pela Justiça Federal. A Justiça do Trabalho aprecia as demandas que tem relações trabalhistas. As demais demandas são de competência residual da Justiça Estadual, excluídas ainda as demandas que envolvem

militares e eleitorais. Em regra, quando houver algum bem, serviço ou interesse de qualquer ente da Federação numa disputa judicial, será competente o Juiz Federal para apreciar a demanda.

Fas@Jus: Os Juízes Federais de todo o Brasil têm uma entidade de classe da qual Vossa Excelência foi Presidente. Como é presidir uma entidade de nível nacional e de tanta importância, por ser a Justiça Federal competente para julgar causas em que, diríamos “o Governo Federal” é parte?

Juiz Federal César Bochenek: Foi uma honra por estar a frente da Ajufe. Um privilégio poder junto com a Diretoria e ouvindo os Colegas de todo Brasil tomar decisões que são significativas para o futuro da Instituição e podem beneficiar muitas pessoas, principalmente para melhorar o sistema de Justiça brasileiro.

Fas@Jus: Em outubro de 2015, a Ajufe foi parceira do I CONSINTER, um Simpósio de Direito realizado em Barcelona, na Espanha. Lá a Ajufe esteve presente com quase a totalidade dos brasileiros que compareceram ao Simpósio. Como foi o procedimento para conseguir reunir tantos brasileiros, de tantas partes do Brasil, em Barcelona, para discutir sobre Direito?

Juiz Federal César Bochenek: As atividades acadêmicas brasileiras avançaram muito nos últimos anos e a possibilidade de reunir noutros países acadêmicos e juristas brasileiros é, sobretudo, uma forma de melhorar ainda mais o Direito a partir da integração de conhecimentos. Também é uma oportunidade de fazer intercâmbios. A Ajufe sempre incentivou e participou de iniciativas relevantes com o Consinter como forma aperfeiçoar e aprimorar a qualificação dos magistrados federais.

“Todos os brasileiros esperam um país melhor, mas infelizmente muitas coisas estão erradas.”

Fas@Jus: A carreira de Juiz da Justiça Federal, como é previsto na Constituição para todo e qualquer Juiz de Direito, tem processo inicial por meio de concurso de provas e títulos. Quais os requisitos para que o operador do Direito (Advogado ou outro segmento do Direito) possa fazer o concurso para o cargo de Juiz Federal?

Juiz Federal César Bochenek: Atualmente, para participar de um concurso de Juiz, é necessário ser bacharel em Direito e ter três anos de prática forense. Além disto, é preciso gostar das atividades e funções realizadas no concurso que se pretende prestar e trabalhar.

Fas@Jus: Os chamados “Juízes de Segundo Grau” estão em grau de recurso, nos Tribunais (Regionais Federais). É possível explicar esta competência, a competência dos Tribunais?

Juiz Federal César Bochenek: Todas as decisões proferidas pelos

Juízes são passíveis de falhas ou até mesmo de outra interpretação judicial. O Direito não é estático e os aplicadores apresentam interpretações, nem sempre uniformes, aos casos que lhes são submetidos. Neste caso, a parte que não estiver contente com a decisão do Juiz de Primeira Instância e tiver argumentos jurídicos e fáticos pode apresentar ao Tribunal um recurso para rever a decisão. É uma forma de harmonizar e uniformizar os entendimentos e dar coerência ao sistema judicial.

Fas@Jus: Os Juízes da Justiça Federal têm participação no Superior Tribunal de Justiça (STJ)?

Juiz Federal César Bochenek: Sim. De acordo com a previsão constitucional, um terço das vagas do STJ são reservadas aos Desembargadores Federais. Outro terço aos Desembargadores

Estaduais. E o restante é dividido entre advogados e membros do Ministério Público.

Fas@Jus: A imprensa influencia muito a todos os brasileiros. Em razão do julgamento de processos que têm a União como parte envolvida, como o denominado “Petrolão”, e assim como foi o caso do “Mensalão”, a Justiça Federal está muito em evidência no noticiário dos últimos tempos. E o público brasileiro, em suas manifestações, têm o Juiz Federal Sérgio Moro, seu Colega tanto da Justiça Federal quanto por serem coestaduanos, até como um herói nacional. Esta evidência do Juiz Sérgio Moro e da Justiça Federal como um todo poderá atrair mais candidatos aos próximos concursos para a Justiça Federal?

Juiz Federal César Bochenek: Todos os brasileiros esperam um país melhor, mas infelizmente muitas coisas estão erradas. A corrupção é um exemplo do atraso e causa muitos prejuízos à sociedade. O melhor seria que não tivéssemos mitos ou heróis nem que o Judiciário estivesse em tanta evidência. Se isto acontecesse, estaríamos em melhores condições. Contudo, como a realidade não é a prática, os Juízes têm desempenhado seu papel e dado respostas aos problemas e demandas que lhes são submetidas. Oxalá, em breve, outros brasileiros desponham por suas ações noutros campos como na ciência ou saúde. E, quanto à parte final da pergunta, de fato há uma divulgação maior da competência da Justiça Federal, o que pode colocar os próximos concursos públicos de provas e títulos com maior número de candidatos por vaga. O que é bom para o serviço público. E sem qualquer possibilidade de falar que os processos seletivos de até hoje foram com poucos concorrentes, pode-se antever que o maior número de candidatos atende mais bem aos princípios constitucionais como publicidade, impessoalidade e eficiência. O país como um todo

tem muito o que ganhar.

Fas@Jus: Como explicar, pela vivência de Juiz Federal que Vossa Excelência é, a frase “O Juiz de Direito é um eterno estudante”?

Juiz Federal César Bochenek: Todos somos ou deveríamos ser eternos estudantes, pois aqueles que não se atualizam ou não se capacitam permanentemente, ficam no tempo. O estudo constante é muito importante para todos os profissionais.

Fas@Jus: A Justiça Federal tem muitos processos para cada Juiz, como a Justiça Estadual o tem?

Juiz Federal César Bochenek: O Judiciário brasileiro tem mais de cem milhões (isto mesmo: mais de cem milhões) de processos em andamento. Um número elevadíssimo. Penso que é necessário incentivar a pacificação social por diversos meios, seja para evitar a demanda judicial, ou para resolvê-la por qualquer outro meio alternativo de resolução de litígios. O Código de Processo Civil de 2015 avançou neste sentido, assim como outras legislações recentes. Contudo, é preciso mudar a cultura e a mentalidade dos operadores do Direito.

Fas@Jus: Há como melhorar a celeridade processual, e um processo judicial chegar ao seu fim mais rapidamente?

Juiz Federal César Bochenek: Sim. Sempre é possível melhorar. Por exemplo, a partir de experiências práticas locais é possível expandir para outras regiões. Esta é uma forma barata e eficiente de melhor administrar a Justiça. A Ajufe realizou em 2016 o primeiro Fórum Nacional de Administração e Gestão Estratégica (FONAGE), justamente para identificar e propagar as boas práticas de gestão, estratégia e administração da Justiça.

***ARTIGOS DO
CORPO DISCENTE***

PRINCÍPIO DA IRRELEVÂNCIA PENAL DO FATO: medida político-criminal sob o enfoque funcionalista

Igor Emanuel Pereira Silva¹

RESUMO

O presente artigo visa expor as principais particularidades atinentes ao Princípio da Irrelevância Penal do Fato, que se encontra em fase relativamente embrionária na doutrina brasileira. Ademais, busca-se relacionar seu conceito e aplicação com o Princípio da Insignificância, distinguindo fundamentalmente os institutos. Para tanto, analisa-se, com base na doutrina e jurisprudência, a maneira como tem se comportado a comunidade jurídica brasileira diante da diferenciação dos princípios em estudo, dando especial relevo às consequências da incidência das infrações bagatelares impróprias. Outrossim, objetiva-se contextualizar os postulados em tela com fulcro na teoria funcionalista da culpabilidade proposta por Claus Roxin. Por fim, são tecidas considerações acerca dos parâmetros objetivos e subjetivos que vem adotando os tribunais para o reconhecimento da infração bagatelar imprópria e a desnecessidade da pena.

Palavras-chave: Princípio da Irrelevância Penal do Fato. Princípio da Insignificância. Infrações Bagatelares.

ABSTRACT

The present study aims to exhibit the main particularities concerning the Principle of Criminal Irrelevance, that is found in a relatively incipient stage in Brazilian doctrine. In addition, it seeks to relate its concept and application with the Principle of Criminal Insignificance, fundamentally

distinguishing the institutes. Therefore, it is analyzed, based on the doctrine and jurisprudence, the way has behaved the Brazilian legal community before the differentiation of the principles under consideration, with special emphasis to the consequences of the impact of improper bagatelle offenses. Furthermore, the objective is to contextualize the principles at stake based on the functionalist theory of culpability proposed by Claus Roxin. Finally, considerations are made about the objective and subjective parameters that has taken the courts for recognition of improper bagatelle offenses and unnecessary penalty.

Keywords: Principle of Criminal Irrelevance. Principle of Criminal Insignificance. Bagatelle Offenses.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil, enquanto Estado Democrático de Direito, deve zelar pelo estabelecimento de uma estrutura penal legítima, democrática e em estrita observância dos princípios que a regem. Nessa óptica, tem-se que o Direito Penal deve interferir no curso da sociedade somente na medida em que não se vislumbra possível a tutela dos bens jurídicos por meio dos demais ramos do Direito, visto que representa uma medida de urgência para a manutenção da ordem social. Pela gravidade intrínseca da sanção penal, que representa o ímpeto estatal na esfera dos direitos individuais, sua interposição só se justifica enquanto indispensável, isto é, atua sob a noção de *ultima ratio*, por ser

¹ Acadêmico do Quarto Período do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho. Integrante do Programa Especial de Tutoria.

tida como último recurso à proteção do bem jurídico tutelado.

No contexto social testemunhado hodiernamente, com a intensa massificação de tipos penais, corroborados pelo descomunal montante de presos compondo a população carcerária, faz-se mister a implementação de uma política criminal focalizada nas técnicas de descriminalização. Isso se justifica ao realizar uma reflexão alusiva à realidade social brasileira no tocante à justiça criminal. Com vista nisso, a adoção de um Direito Penal mínimo confere extremado relevo aos Princípios da Insignificância e da Irrelevância Penal do Fato, corolários do caráter subsidiário da aplicação da pena.

O presente estudo tem por fito a instauração de uma análise sobre o Princípio da Irrelevância Penal do Fato, correlacionando sua base teórica com o incipiente delito bagatelar impróprio. Para tanto, cuida-se, primeiramente, do exame acerca das particularidades do Princípio da Insignificância, haja vista sua recepção doutrinária e sua constante incidência na jurisprudência pátria.

Ademais, tratar-se-á do instituto da Irrelevância Penal do Fato, trazendo à lume as principais posições doutrinárias atinentes à sua aplicabilidade, bem como dos aspectos gerais que o circundam. A fim de demonstrar a posição jurisprudencial que, embora principiante, já exprime certas tendências quanto ao molde a ser adotado na aplicação do instituto, levar-se-á a efeito, exemplificativamente, julgados que corroborem com a ideia central do estudo.

Num momento posterior, é examinada a congruência existente entre as noções precípuas constantes nos princípios analisados e a teoria desenvolvida pelo pensador alemão Claus Roxin alusiva ao Funcionalismo Penal Moderado. Outrossim, são levados à apuração elucubrações complementares a respeito da referida teoria. Tudo para, finalmente, culminar-se na verificação sobre qual a forma mais consentânea de emprego dos princípios em exame nos casos práticos, sobretudo diante do fenômeno da infração bagatelar imprópria.

2 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

No que diz respeito à origem do Princípio da Insignificância, encontra-se amplamente difundida na doutrina a ideia de que foi com o Direito Romano, que legou o brocardo *minimis non curat praetor*, que se verificou sua gênese. Manãs (1994) salienta que, naquele tempo, enquanto regra geral vigorava o entendimento de que o pretor não devia se ocupar de causas ou delitos de pouca expressão, indo de encontro ao uso excessivo da sanção penal.

Contudo, há os que refutam a origem romana do princípio em tela, podendo-se enumerar, dentre os críticos, Lopes (2000), que entende ser demasiadamente escassa a noção concernente ao Princípio da Legalidade penal àquele tempo. Assim sendo, o autor aduz que o aludido brocardo visualizava somente situações envoltas pelo direito privado, porquanto característico do civilismo romano, desconhecendo o real significado conferido à máxima.

Ainda no julgamento de Lopes (2000), a legítima origem do princípio em análise se deu com o entendimento liberal decorrente dos jusfilósofos iluministas, tendo íntima conexão com o Princípio da Legalidade. Deste modo, seria inviável o ponto de partida romano da doutrina da insignificância, sendo, em realidade, um decurso do caráter fragmentário que comporta o Direito Penal.

No ano de 1964, por intermédio da doutrina de Claus Roxin, em território alemão, tem-se como formulado o Princípio da Insignificância como hodiernamente se entende. Conforme reza a doutrina do alegado princípio, também denominado Princípio da Bagatela, a lesão a um bem juridicamente tutelado que se configura inexpressiva, insignificante, não demanda intervenção estatal por meio do Direito Penal. Tal conceituação decorre, nomeadamente, da falta de tipicidade material existente no delito. Em vista disso, mostra-se imperioso aclarar a concepção do que constitui a tipicidade enquanto elemento componente do delito.

Tendo em vista que, para aqueles que assim o consideram, o crime em seu conceito analítico é composto por um fato típico, ilícito e culpável, urge evidenciar, preliminarmente, o que se entende por fato típico. Conforme assevera Greco (2015), para que se possa comprovar a incidência de um fato típico, há de serem preenchidos todos os elementos para sua composição, quais sejam, conduta, resultado, nexos de causalidade e, finalmente, a tipicidade. Esta última subdivide-se, na classificação que adota Greco (2015), em formal e conglobante.

Entende-se por tipicidade formal aquela descrição imposta pelo legislador, que assume o *status* de incriminadora no momento em que se encontra preenchida no mundo exterior. Nas palavras de Greco (2015, p. 113), “Tipicidade formal é a adequação perfeita da conduta do agente ao modelo abstrato (tipo) previsto na lei penal”. Ainda segundo o autor, a tipicidade conglobante se verifica quando, dentre outros elementos, o fato é materialmente típico. Mostra-se necessária a avaliação quanto à relevância do bem violado para que realmente se evidencie a tipicidade material em determinado delito. É nesse ponto que reside o Princípio da Insignificância. Tal concepção é bem aclarada por Capez (2011, p. 222):

Deste modo, se a lesão for insignificante, se não houver lesão ao bem jurídico, se não existir alteridade na ofensa, se não for traída a confiança social depositada no agente, se a atuação punitiva do Estado não for desproporcional ou excessivamente interventiva, dentre outros, o fato será materialmente atípico [...].

Como bem ensina Greco (2015), é por meio do Princípio da Razoabilidade, sustentáculo do pós-positivismo jurídico, que se deve apreciar a significância material do bem jurídico desrespeitado. Nesse prisma, tenta-se distinguir quais lesões seriam verdadeiramente merecedoras da intervenção estatal por meio do Direito Penal. Nessa significação, preleciona Gomes (2009, p. 60) que “[o] Direito penal moderno não é um puro raciocínio de lógica formal. É necessário considerar o sentido humanístico da norma

jurídica. Toda lei tem um sentido teleológico.”.

Seguindo esse mesmo enfoque, Zaffaroni (*apud* BITENCOURT, 2013, p. 61) assevera que

a insignificância só pode surgir à luz da função geral que dá sentido à ordem normativa e, conseqüentemente, a norma em particular, e que nos indica que esses pressupostos estão excluídos de seu âmbito de proibição, o que resulta impossível de se estabelecer à simples luz de sua consideração isolada.

Greco (2015), contudo, faz uma ressalva, salientando que para uma doutrina de cunho mais radical e formalista, o Direito Penal não compreende uma análise do real valor do bem tutelado, haja vista conste na legislação que sua violação enseja prática delituosa. Por conseguinte, mesmo nas mais ínfimas lesões aos bens penalmente abarcados, há de se concretizar a tipicidade enquanto segmento do crime. Afirma o autor, todavia, que tal entendimento ocasionaria situações absurdas no ordenamento.

Relativamente à natureza jurídica que adota o Princípio da Insignificância, é majoritário o entendimento de que se trata de uma excludente de tipicidade, conforme já se constatou no exame do que figura a tipicidade, em suas vertentes formais e materiais. Capez (2007) alega, entretanto, que não obstante a atipicidade do fato ser suficiente para desfigurar o crime, o ilícito ainda pode se caracterizar nos demais ramos do Direito, como no âmbito cível ou administrativo. Assim, uma vez afastada a incidência do Direito Penal em virtude da punição desarrazoada, o agente, ainda assim, não estaria impune, vez que seria alvo de sanção diversa da penalmente estabelecida. Conseqüentemente, logra-se êxito à proporcionalidade da punição para com o ato por ele cometido.

Uma vez consolidado doutrinariamente em território pátrio, o Princípio da Insignificância vem sendo aplicado pelo Poder Judiciário há alguns anos. Cumpre realçar que, na esfera prática de aplicação do princípio em tela, foram traçados, pelo transcurso do tempo, certos parâmetros empregados tanto pelos juízes singulares quanto

pelos tribunais ao recorrerem ao aludido princípio.

Com efeito, conforme o disposto pelo Ministro Celso de Mello no *Habeas Corpus* 84.412/SP:

Tal postulado [o Princípio da Insignificância] – que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada – apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público (Supremo Tribunal Federal. HC 84.412/SP. Rel. Min. Celso de Mello. Segunda Turma. Brasília, 19 de outubro de 2004).

Outrossim, pode-se visualizar, agora no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a aplicação do Postulado da Insignificância sob a óptica de atipicidade material do fato. No *Habeas Corpus* 192534/SP, por meio do voto prolatado pelo Ministro então Relator Napoleão Nunes Maia Filho, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconheceu a insignificância como causa supralegal de exclusão de tipicidade. Ainda no voto do Relator, constou-se que o aludido princípio se encontra intimamente conectado com as premissas de fragmentariedade e intervenção mínima do Direito Penal

Destarte, mostra-se razoável a ilação de que, conforme compreensão adotada pelos tribunais superiores, bem como pela doutrina predominante, o simples encaixe de determinada conduta em um molde tipificado pela lei penal não enseja, meramente pela subsunção, o enquadramento do ato como crime. Há de se extrair a real relevância do fato no plano material, isto é, o factual prejuízo ao bem jurídico tutelado.

Sob essa égide, é seguro afirmar que o Princípio da Insignificância não pode ser vislumbrado abstrata e genericamente, a julgar pela aferição realizada tão somente diante do caso

concreto. O acurado exame dos vetores apresentados pelo Ministro Celso de Mello no excerto supramencionado exerce papel primacial no momento de se optar pela aplicação ou não da insignificância.

Vale ressaltar que, nos termos em que leciona Masson (2011), não comportam a aplicação da também intitulada Criminalidade de Bagatela os crimes que se sirvam de violência à pessoa ou grave ameaça. A justificativa é de que os reflexos e repercussões decorrentes dessa prática não estão aptos a ser tomados como insignificantes, ainda que o valor material do bem jurídico subtraído seja irrisório.

Ainda de acordo com os ensinamentos de Masson (2011), não se confundem os chamados crimes bagatelares, isto é, insignificantes, com as infrações penais de menor potencial ofensivo, prescritas no art. 61 da Lei 9.099/1995. Ademais, complementa Masson (2011, p. 31): “Nessas últimas, tanto não há falar em insignificância da conduta que a situação foi expressamente prevista no art. 98, I, da Constituição Federal [...], revelando a existência de gravidade suficiente para justificar a intervenção estatal.”

O Princípio da Insignificância encontra aplicação nas infrações de menor potencial ofensivo, mas não se limita a elas. Conforme acentua Gomes (2009), não é necessário que o crime se encaixe nos de menor potencial ofensivo, que são os de pena máxima cominada em dois anos, para que se adote a insignificância. Ainda segundo o autor, já há jurisprudência que admite a insignificância no furto simples, que tem pena máxima de quatro anos.

Levando em conta que, para os fins a que se propõe o presente estudo, considera-se a classificação que adota o Princípio da Insignificância como distinto do Princípio da Irrelevância Penal do Fato, não se pode confundir a bagatela própria com a bagatela imprópria. As minúcias acerca da disparidade existente entre as bagatelas serão abordadas subsequentemente, quando da análise do Princípio da Irrelevância Penal do Fato.

3 O PRINCÍPIO DA IRRELEVÂNCIA PENAL DO FATO

Como já demonstrado previamente, o Princípio da Insignificância, embora não possua previsão legal, salvo certas exceções pontuais, é admitido consistentemente pela jurisprudência pátria. Contudo, conforme apregoa Gomes (2001), há uma diferença fundamental entre o princípio mencionado e outro, o Princípio da Irrelevância Penal do Fato.

Este trabalho de distinção vem se concretizando através da própria jurisprudência, que se incumbe de defrontar esse novel, porém patente, princípio sutilmente dissímil do Princípio da Insignificância. Acerca dos aspectos basilares dos princípios, Gomes (2001, p. 2) pontua:

De qualquer maneira, não ocupam, os dois princípios, a mesma posição topográfica dentro do fato punível. O princípio da insignificância é causa de exclusão da **tipicidade** do fato; o princípio da irrelevância penal do fato é causa de **dispensa da pena** (em razão da sua desnecessidade no caso concreto).

Assim sendo, consoante classificação preconizada pelo professor e jurista Luiz Flávio Gomes, pode-se atribuir aos crimes relacionados a tais princípios a denominação de infrações bagatelares próprias e infrações bagatelares impróprias. Enquanto aquelas têm íntima conexão com o Princípio da Insignificância, estas se correlacionam com o Princípio da Irrelevância Penal do Fato.

Vale mencionar que, no âmbito jurisprudencial, é conspícua a existência de uma corrente mais tradicional, que adota o Princípio da Insignificância considerando tão somente o desvalor do resultado. Isto significa que, para que se determine a atipicidade da conduta, basta que o grau de violação ao bem jurídico tutelado, ou do perigo concreto, seja de ínfimo porte.

Em contrapartida, como bem assinala Gomes (2001), uma outra vertente jurisprudencial, que se apresenta cada vez mais manifesta, considera não só o desvalor do resultado para a caracterização

da infração bagatelar. Há de se conjecturar, outrossim, o desvalor da ação em conjunto com o desvalor da culpabilidade do agente. Nesse último quesito, levam-se em conta as circunstâncias judiciais, quais sejam, culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade, motivos do crime, consequências, circunstâncias, etc. Uma vez favoráveis tais elementos, aprecia-se a possibilidade de aplicação do Princípio da Irrelevância Penal do Fato.

No que tange à relação que cada um dos princípios trabalhados mantém com as espécies de infrações bagatelares também já reportadas, Gomes (2009, p. 24) relata:

O Princípio da Insignificância está para a infração bagatelar própria assim como o da Irrelevância Penal do Fato (e da desnecessidade da pena) está para a infração bagatelar imprópria. Cada princípio tem seu específico âmbito de incidência. O da irrelevância penal do fato está estreitamente coligado com o princípio da desnecessidade da pena.

Cumprido examinar, com efeito, a que o autor se refere quando menciona o princípio da desnecessidade da pena. Consoante ensinamento de Gomes (2005), tal princípio encontra-se previsto na legislação pátria no *caput* do art. 59 do Código Penal, valendo-se de uma interpretação *a contrario sensu*. Segundo preceitua, o magistrado, ao fixar a pena, deve se ater à sua estrita necessidade, isto é, esta deve ser suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Acentua ainda o autor a importância de uma decisão embasada nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Contudo, deve se restringir o alcance do princípio da desnecessidade da pena somente ao âmbito prático. Desse modo, não há de se falar em uma desnecessidade abstrata da pena, mas somente diante das circunstâncias concretas do caso.

Ademais, cabe exarar que, sob a égide roxiniana, não obstante seja verificada a culpabilidade do agente, fica a cargo do juiz, de acordo com a necessidade concreta da pena, optar pela sua aplicação ou não.

Saliente-se que, ainda extraindo-se as lições de Gomes (2009), uma vez evidenciados quaisquer dos dois princípios em apreciação, quais sejam, o Princípio da Insignificância e o Princípio da Irrelevância Penal do Fato, é forçoso, ainda na fase investigativa, arquivar-se o inquérito policial. No caso da insignificância, isso se deve à atipicidade material do fato, enquanto que na ocasião da irrelevância penal, o fato não é punível. Alega ainda o referido autor que em caso de denúncia, deve o juiz rejeitá-la, sendo que se não o fizer cabe à parte a impetração de *habeas corpus* no sentido de trancar a ação penal.

Todavia, é válido consignar que há oposição acerca da aplicação dos princípios em exame pela autoridade policial. Rangel (2009) sustenta que incumbe à autoridade policial o mero exercício de seu encargo investigatório, não devendo se ocupar de atribuições típicas do Ministério Público e do juiz. Desta forma, não compete à autoridade policial a emissão de juízo de valor quanto aos fatos apurados. Porém, tendo em vista as finalidades a que se propõe a moderna concepção do Direito Penal e Processual Penal, mostra-se desarrazoado impedir, num caso em que não se exige tutela penal, que possa se extinguir a persecução criminal.

Em síntese, o que se deve ter em mente ao tratar do Princípio da Irrelevância Penal do Fato é que sua proposta visa a não-aplicação da pena a um certo grupo de infrações, enquanto que o Princípio da Insignificância concede autorização para se excluir a tipicidade das condutas de dano irrisório. Outro ponto a se enfatizar, é o de que o primeiro princípio tende a considerar quesitos de ordem subjetiva do agente, como a culpabilidade, vida pregressa, ressarcimento do dano, etc. Já o Postulado da Insignificância, em tese, não deve se ocupar de critérios pessoais, haja vista a exclusão da tipicidade material se configurar com base em fatos objetivos, sem a apreciação das qualidades do agente.

4 O FUNCIONALISMO TELEOLÓGICO DE CLAUS ROXIN

A fim de contextualizar os dois princípios já abordados e suas bases teóricas, é mais que

consentânea a elucidação acerca do Funcionalismo Moderado ou Teleológico, posto que mantém íntima relação com as ideias evidenciadas pelos princípios em pesquisa.

Mostra-se, segundo Costa (2006), incorreta a afirmação de que somente há uma espécie de funcionalismo, uma vez que, essencialmente, diferem-se em duas orientações básicas, quais sejam, a teoria moderada, preconizada por Claus Roxin, e a teoria radical (sistêmica) de representação sociológica alvitada por Günther Jakobs.

Concisamente, os fatores de diferenciação das concepções citadas são apresentados da seguinte forma por Prado (2011, p. 121):

[...] na construção teleológica funcional [moderada], o sistema é orientado às finalidades político-criminais, levando-se em consideração valores e princípios garantistas. Já na construção funcionalista sistêmica [radical], isso não ocorre, visto que leva em consideração simples necessidades sistêmicas, às quais deve-se ajustar o sistema penal. Divergem, ademais, em relação à missão do Direito Penal.

Levando-se em conta os fins a que se propõe o presente estudo, não se analisará com minúcia o funcionalismo proposto por Günther Jakobs, tendo como objeto de estudo somente a teoria funcionalista moderada, já que sua essência se liga intrinsecamente com as noções político-criminais de ambos os princípios ora trazidos a lume.

A ideia precípua a que se ocupa o Funcionalismo Teleológico é a de que o sistema penal deve ter como substrato critérios valorativos de política criminal. Nas palavras do próprio Roxin (*apud* PRADO, 2011, p. 122), “[...] as finalidades reitoras que constituem o sistema jurídico-penal só podem ser de tipo político-criminal, já que naturalmente os pressupostos de punibilidade devem ser orientados aos fins do Direito Penal.”

Para o doutrinador, o Direito Penal tem como escopo a tutela e proteção dos bens jurídicos de maior importância. Não cabe ao sistema penal o amparo de questões triviais, muito menos questões meramente morais, haja vista seu caráter subsidiário e de *ultima ratio*.

Como bem assinala Souza Júnior (2010), com fulcro na doutrina funcionalista moderada, há uma remodelação das Ciências Penais como um todo, até mesmo no tocante à sua interconexão com as Ciências de cunho acessório, como a Criminologia e a política criminal. Assim sendo, a seara penal se divorcia de seu caráter puramente dogmático e positivista, alcançando uma dinâmica que permite a inserção de axiomas político-criminais, corroborando com a noção de amparo aos problemas e funções do Direito Penal.

É válido consignar que, no que se refere à finalidade da sanção penal, existem duas correntes teóricas que fundamentalmente divergem entre si, as teorias absolutas ou retributivas, e as teorias relativas ou preventivas. “As teorias absolutas ou retributivas partem de uma exigência de justiça e se encaminham para a realização do justo na retribuição na pena.” (PANTONI, 2008, p. 1). Para essa corrente, a reparação do mal decorrente do crime basta para que a pena cumpra sua função. Tem como sustentáculo a teoria kantiana de que a pena é uma retribuição ética legitimada pelo valor moral da norma penal transgredida. Isto é, o castigo tem como justificativa a infringência da lei, não se examinando a consequência valorativa de tal violação.

Por seu turno, as teorias relativas ou preventivas adotam o entendimento de que a pena tem sua missão cardeal centrada na obtenção de fins úteis, preventivos, em que a manutenção do grupo social ostenta caráter prioritário. Pantoni (2008) frisa a constatação de que a pena, sob o ponto de vista preventivo, justifica-se a partir do momento em que faz uso do “mal” que traduz para atingir a finalidade primacial da política criminal, isto é, a profilaxia criminal.

Feitos tais apontamentos, cumpre sublinhar que, relativamente à teoria funcionalista moderada, é evidente seu assentimento para com as teorias relativas ou preventivas da função da pena. Ademais, essa versão do funcionalismo apregoa uma maior abrangência do conceito de culpabilidade, abarcando uma noção sincrônica de responsabilidade e necessidade. Quanto à configuração do delito segundo tal entendimento,

é imperioso consagrar-se não somente uma conduta reprovável e cometida por agente imputável, que tinha consciência da potencial ilicitude do fato e que agiu sem que houvesse inexigibilidade de conduta diversa. Além de tais requisitos, é indispensável que ao agente seja necessária a aplicação da sanção penal.

Como bem aduz Ribeiro (2012), no âmbito doutrinário pátrio, é preponderante a ideia de que as finalidades da pena se voltam à prevenção individual negativa, isto é, evitar a reincidência, bem como a positiva, a saber, ressocializar o delinquente. Ademais, consagra-se, outrossim, a prevenção geral negativa, que consiste na intimidação da coletividade, e a positiva, que é a garantia da eficiência social do Direito Penal. Destarte, presencia-se uma preeminência da função preventiva da pena em detrimento da retributividade da sanção penal.

Ainda segundo Ribeiro (2012), uma das possíveis causas dessa preponderância da prevenção no âmbito nacional é o atual quadro do sistema penitenciário do país, que exige a implantação de medidas de política criminal que visem atenuar a conjuntura de revés que se observa no momento atual.

Contudo, conforme leciona Bitencourt (2013), tem-se feito críticas acerca da diminuição da dogmática penal ao se inserir axiomas político-criminais no âmbito das decisões do legislador. Isso porque as decisões legislativas pautadas em política criminal nem sempre garantem a consecução da justiça material. Um possível exemplo se caracteriza quando essas decisões vão de encontro às garantias fundamentais do Direito Penal em um Estado Democrático de Direito. Nesse prisma, a Ciência Penal que se funda hegemonicamente em preceitos político-criminais pode proporcionar excessos inadequados.

A esse pensamento, também de acordo com Bitencourt (2013), Roxin certifica que tais decisões desarrazoadas devem ser obstruídas através da invocação de liberdades invioláveis que são hodiernamente consolidadas nas Constituições democráticas, bem como os Direitos Humanos. Nesses ordenamentos, como é o caso do Brasil,

não há medida político-criminal que suplante tais postulados, que tem caráter cogente para qualquer dogmática penal.

Outrossim, Roxin (2002) sustenta que a extração de axiomas político-criminais deve provir da própria ordem jurídica. Isto é, o trabalho do intérprete estaria demarcado pelas concepções já delineadas pela legislação, buscando se atingir o real sentido da lei. Roxin defende ainda que o sistema dogmático que se funda em política criminal não deve admitir em seu meio soluções *contra legem*, porém, tem capacidade de fornecer subsídios para uma aplicação mais equânime da legislação.

Como bem elucida Gonçalves (2010), trata-se de uma proposta de mudança na perspectiva de argumentação na esfera jurídico-penal. Desse modo, Roxin almeja afastar as críticas no sentido de que sua teoria atenta contra a segurança jurídica.

Através dessa linha de pensamento, que inclui na dogmática penal um viés valorativo, de política criminal, Roxin desenvolveu uma nova concepção da teoria do delito. Com efeito, Gomes (2009) assevera que por meio da Teoria da Imputação Objetiva, de grande prestígio jurídico, o crime passa a ser a realização de um risco não consentido. Nesse prisma, o delito não se funda meramente no resultado, tendo de se valorar, no plano material, se a conduta do agente infringiu a barreira de risco permitido pelo ordenamento.

Já no plano da culpabilidade, ponto precípuo da doutrina roxiniana aos fins do presente estudo, a inovação incorporada por Roxin é a de que a pena não se mostra suficientemente justificada pela mera aferição da culpabilidade do agente. Como bem exprime Gomes (2009), a pena tem por guia as exigências preventivas, tendo sentido somente enquanto necessária a esses fins. A necessidade preventiva, nesse sentido, é um dos parâmetros para a imposição da sanção penal, ao passo que a culpabilidade é o máximo limite da pena. No dizer do próprio Roxin (2006, p. 74):

A categoria sistemática da responsabilidade por mim desenvolvida fundamenta-se, portanto, sobre a ideia de uma dupla limitação do direito estatal de punir: através da

culpabilidade e das necessidades preventivas de punição. Se faltar um destes dois pressupostos, ficará excluída a punibilidade. Esta conclusão decorre da teoria dos fins da pena, segundo a qual a pena não pode ser fundamentada nem pela culpabilidade, nem por sua finalidade preventiva, tomadas separadamente, pois a pena pressupõe, para ser legítima, tanto a necessidade social (isto é, preventiva) quanto uma reprovação pessoal do agente pela existência de culpabilidade.

Percebe-se, pelas palavras de Roxin, a expansão do conceito de culpabilidade, atingindo-se uma categoria de responsabilidade. Na análise desse último elemento componente do delito, o intérprete deve ampliar sua noção acerca da real necessidade de se sancionar criminalmente o agente. Nesse processo, além dos pontos dogmáticos a se considerar, como a imputabilidade e potencial consciência da ilicitude do fato, a aferição da pena sob o ponto de vista preventivo é indispensável à sua devida imposição.

Na esteira funcionalista, a despeito de prévia autorização legal, o magistrado deve absolver o acusado sempre que se deparar com a desnecessidade concreta da pena, seja por razões de política criminal, seja por razões dogmáticas. No ramo da Ciência Penal, esse novo direcionamento vislumbra um significativo avanço, propalando, igualmente, uma união entre a teoria do delito e a teoria da pena, habitualmente compreendidas separadamente.

5 DELITOS BAGATELARES IMPRÓPRIOS E SUA INCIDÊNCIA PRÁTICA

Nesse ponto, é possível evidenciar a correlação imanente entre a teoria teleológico-funcional e os princípios já examinados, a saber, o da Insignificância e o da Irrelevância Penal do Fato. Com fulcro nessa versão moderada do Funcionalismo é que se encaixam os delitos bagatelares, tanto próprios quanto impróprios. Como já abordado, os delitos de bagatela própria, que se inserem na noção do postulado da insignificância, já têm uma incidência mais recorrente no ordenamento pátrio.

Por outro lado, os delitos de bagatela imprópria, recentemente introduzidos em território brasileiro, encontram maiores dificuldades em se consolidar. No entanto, alguns Tribunais já vêm acatando sua necessidade diante de casos concretos. É o que se percebe, por exemplo, no crime de descaminho, em decisão do Tribunal Regional Federal da 4.^a Região:

PENAL E PROCESSUAL. ART. 334 DO CP. DESCAMINHO. INSIGNIFICÂNCIA. DESCABIMENTO. ART. 18, § 1.º DA LEI 10.522/02. CULPABILIDADE. PRINCÍPIO DA IRRELEVÂNCIA PENAL DO FATO. DESNECESSIDADE DE APLICAÇÃO DA REPRIMENDA NO CASO CONCRETO. [...] 2. Incabível a aplicação do princípio da insignificância [...] 3. Sendo a conduta típica e antijurídica e não havendo excludentes, mostra-se de rigor o reconhecimento da culpabilidade da agente. 4. *Todavia, sendo favoráveis todas as circunstâncias judiciais, bem como ter sido esta a primeira e única vez em que se reconheceu a culpabilidade da acusada pela prática de descaminho, não pesando contra ela qualquer outra responsabilização, por razões de política criminal e, em face do princípio da proporcionalidade e irrelevância penal do fato, excepcionalmente, torna-se desnecessária a aplicação da pena no caso concreto, conforme estatuído na parte final do artigo 59 do CP (TRF4. ACR n.º 2005.72.03.000224-6/SC, Rel. Des. Élcio Pinheiro de Castro. Grifos nossos).*

No caso em tela, verifica-se a incidência da infração bagatelar imprópria, invocada a partir da impossibilidade de se atribuir à conduta a bagatela própria, visto que não insignificante. Na bagatela imprópria, como bem ensina Gomes e Garcia-Pablos de Molina (2007, p. 303), a conduta do agente “nasce relevante para o Direito Penal (porque há desvalor da conduta bem como desvalor do resultado), mas depois se verifica que a incidência de qualquer pena no caso concreto apresenta-se totalmente desnecessária.” *In casu*, o que se presencia são circunstâncias judiciais plenamente favoráveis à agente, malgrado o resultado não se mostrar insignificante. Por conseguinte, com esteio em preceitos político-criminais, bem como no Princípio da Irrelevância

Penal do Fato, afasta-se a imposição da repressão penal ao indivíduo.

Ao percorrer o processo de diferenciação das duas espécies de bagatela, é preciso ter em mente que a imprópria somente se caracteriza quando há desproporcionalidade entre o mal gerado pelo crime e os efeitos perniciosos oriundos da aplicação da pena. Procedendo-se de outro modo, isto é, impondo-se a sanção penal, contraria-se sua própria finalidade preventiva, quer geral, quer especial, uma vez constatada a desnecessidade da reprimenda.

No ponto de vista dos que refutam a existência, e possível aplicação, da bagatela imprópria na ordem jurídica pátria, alega-se já existir um instituto legalmente instituído e que serve aos mesmos propósitos que essa espécie bagatelar, qual seja, o perdão judicial. Ainda nesse entendimento, somente é cabível o perdão quando a lei expressamente o autorizar, nos moldes do artigo 107, inciso IX do Código Penal brasileiro.

A essa corrente, Gomes (2007) argumenta tratem o perdão judicial e a bagatela imprópria de institutos diversos, embora partilhem do mesmo fundamento, a desnecessidade da punição. No perdão judicial, à lei cabe definir a situação concreta que ensejará ao juiz a não aplicação da pena. Nessa hipótese, o magistrado examina e valora as circunstâncias concretas a fim de averiguar o preenchimento dos requisitos legais que acarretam o perdão judicial.

Já nas situações consonantes com a bagatela imprópria, é o juiz que realiza a valoração tanto do fato, perquirindo acerca do desvalor da ação e do resultado, quanto do agente, sondando o desvalor da culpabilidade. Nesse procedimento, o acurado exame de tais fatores promove a conclusão de que a pena se tornou desnecessária ao caso concreto. Isso se dá por força do artigo 59 do Código Penal. Ademais, no perdão judicial não necessariamente se requer um autor com baixo índice de reprovação, enquanto que, em contraste, a culpabilidade se localiza no bojo da bagatela imprópria, sendo essencial à sua composição.

Além da mera análise da reprovabilidade do agente, para que se faça uso da bagatela imprópria,

é imperiosa a apreciação de outros fatores. Assim, devem concorrer, segundo Gomes (2007, p. 303), “ínfimo desvalor da culpabilidade, ausência de antecedentes criminais, reparação dos danos ou devolução do objeto, reconhecimento da culpa, colaboração com a justiça, o fato de ter o agente sido processado, preso ou ter ficado preso por um período etc.”

Nada obstante, ainda consoante o juízo de Gomes, não tem de necessariamente concorrerem todas as condições referenciadas a fim de se aplicar a bagatela imprópria. Tudo vai se sujeitar às variantes do caso concreto, sendo conferida ao magistrado a incumbência de apurar as circunstâncias do fato sob avaliação, tanto concomitantes quanto posteriores, tal como as de seu autor.

Outro julgado de extremo relevo ao exame da incidência da bagatela imprópria se encontra em decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Na Revisão Criminal 2008.002829-1, da qual se transcreve a ementa, ficou decidido o seguinte:

REVISÃO CRIMINAL – ROUBO SIMPLES – FATOS OCORRIDOS HÁ MAIS DE CINCO ANOS – AGENTE QUE PRATICOU ASSALTO POR SER VICIADO – RÉU RECUPERADO – AMEAÇA MÍNIMA – *RES FURTIVA* DE PEQUENO VALOR – RÉU PRIMÁRIO – DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS – DEMORA EXCESSIVA E INJUSTIFICÁVEL NA CONCLUSÃO DO PROCESSO – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BAGATELA IMPRÓPRIA – DESNECESSIDADE DE APLICAÇÃO DA REPRIMENDA – DEFERIMENTO. (TJMS. RC n.º 2008002829-1. Rel. Des. Romero Osme Dias Lopes.)

Constata-se, no precedente em alusão, a presença do Princípio da Irrelevância Penal do Fato num caso em que o autor havia cometido crime de roubo com vistas a saciar seu vício em drogas. O crime já havia sido praticado há mais de cinco anos, sem que se efetivasse o trâmite processual. Nesse lapso, o acusado se recuperou de seu vício, adquiriu uma ocupação digna, constituiu família e, ademais, ingressou num

trabalho voluntário na Casa de Apoio a Dependentes e Familiares, o CADEF, que se volta à recuperação de viciados em tóxicos.

Trata-se, portanto, de um caso em que os fins preventivos a que se propõe o Direito Penal já se encontram cumpridos, haja vista, antes mesmo da condenação, o acusado já revelar readequação ao meio social. Isso se atesta ao se refletir acerca de eventos que, *a posteriori*, exprimem o caráter regenerado do indivíduo. Em virtude da cumulação de episódios supervenientes, que fortificam a constatação de efetividade social, evidencia-se desnecessária a imputação de pena.

Masson (2011) bem ressalta que, diferentemente do que se nota no Princípio da Insignificância, ao se incorrer num delito de bagatela imprópria o sujeito é regularmente submetido a um processo. Tem de se dar início à ação penal, contudo, durante o trâmite processual, por meio de análise circunstancial, recomenda-se a exclusão da pena. Gomes (2009), como já se discorreu, entende, porém, que deva haver o arquivamento, mesmo no caso de bagatela imprópria, ainda na fase do inquérito policial.

A julgar pela própria natureza da infração bagatelar imprópria, que consiste em uma dispensa supralegal e superveniente da punição, Ribeiro (2012) alerta que poderá brotar um sentimento de impunidade no meio social. Por esse ângulo, o Direito Penal sofrerá de um insuperável descrédito, afetando sua efetividade, o que degrada o próprio Estado de Direito.

Nessa acepção, deve se recorrer novamente à razoabilidade, a fim de obstar o uso demasiado e excessivo do princípio, garantindo a credibilidade do sistema penal. Considere-se, *verbi gratia*, deparar-se com um crime de latrocínio. Nesse caso, mesmo estando o acusado socialmente readaptado, e sendo desnecessária a punição penal sob o panorama individual, a pena ainda deveria ser imputada. Isso devido a um diagnóstico assentado sob o ponto de vista global, em que a reprimenda tem como escopo intimidar a coletividade e assegurar a proteção dos bens jurídicos mais preciosos na sociedade.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Depreende-se dos princípios em exame no presente trabalho, que num cenário constituído, sobretudo, por uma dogmática penal engessada, que por muitas vezes transmite uma sensação de desesperança no meio social, é mais que conveniente a adoção de medidas que minimizem tal conjuntura. A alternativa aventada por Roxin é a de se valer da política criminal, que insere no meio dogmático um viés axiológico, de valores a serem ponderados.

Tanto o Princípio da Insignificância quanto o Princípio da Irrelevância Penal do Fato, sendo esse último mais contemporâneo, abarcam o ideal a que se propõe concretizar a teoria funcionalista teleológica. Isto é, o *ius puniendi* do Estado só se legitima quando, além da averiguação da culpabilidade do agente, percebe-se a necessidade concreta do ímpeto estatal no campo penal.

Trata-se, portanto, de uma concepção utilitarista do Direito Penal, em que há o rompimento da dogmática pura, sem princípios, que outrora compôs a sistemática penal. Tudo com o desígnio de proteger os bens juridicamente tutelados, relativizando-se, com base em preceitos político-criminais, certas situações concretas em que a intervenção estatal por via penal não se mostra necessária ou oportuna.

O reconhecimento do delito bagatelar impróprio, ainda em caráter inaugural tanto na doutrina como na jurisprudência pátria, traduz precisamente a teoria funcionalista de Roxin em seu domínio pragmático. O juízo baseado em incidentes que, *post factum*, contribuíram para a corroboração de que não mais se necessita da pena para atingir os fins do Direito Penal, em um quadro penitenciário deteriorado como o brasileiro, é perfeitamente cabível. Contudo, deve se ter a devida cautela de que tal mecanismo de política criminal tem de ser empregado em caráter de exceção, sob pena de depreciação do próprio sistema penal.

No transcorrer paulatino da bagatela imprópria no Brasil, cabe à jurisprudência, que já vem se manifestando positivamente quanto à sua incidência em casos pontuais, desenvolver parâmetros que respeitem as particularidades de cada situação concreta. Para tanto, é indispensável

o apoio da doutrina nacional, que também já se posiciona sobre o tema, mesmo que de forma tímida.

Com a acurada adoção do Princípio da Irrelevância Penal em situações, com já dito, excepcionais, é crível entender a obtenção mais sensata do real intento da norma penal. Isso significa que, partindo-se de pressupostos do caso concreto, coligados com a lei abstrata, e em consonância com axiomas de política criminal, a possibilidade de se alcançar a justiça material se torna cada vez mais admissível.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. v. 1. 20. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 84.412/SP. Relator Ministro Celso de Mello. Segunda Turma. Julgamento em: 19 out. 2004. Publicado no *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Diário da Justiça, de 19 nov. 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 192534/ SP, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Quinta Turma, Julgamento em: 7 abr. 2011. Publicado no *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Diário da Justiça, de 13 abr. 2011.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4.^a Região. Apelação Criminal n.º 2005.72.03.000224-6/SC. Relator Des. Élcio Pinheiro de Castro. Julgamento em: 30 jul. 2008. Disponível em: <<http://www2.trf4.jus.br/>>. Acesso em: 6 jul. 2016.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Curso de direito penal: parte geral: arts. 1.º a 120*. v. 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COSTA, Flávio Ribeiro da. Sistema penal funcionalista. *Boletim Jurídico*, Uberaba/MG, ano 5, n.º 195, 2006. Disponível em: <[29](http://</p>
</div>
<div data-bbox=)

www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1542> Acesso em: 3 jul. 2016.

GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Direito penal: parte geral*. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. Delito de bagatela: princípios da insignificância e da irrelevância penal do fato. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n.º 1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 2 jun. 2016.

_____. *Direito penal: parte geral: culpabilidade e teoria da pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. (Série Manuais para Concursos e Graduação, 7).

_____. O direito penal antes e depois de Roxin. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2066, 26 fev. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12370>>. Acesso em: 4 jul. 2016.

_____. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*, Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípio da insignificância no direito penal: análise à luz da lei 9.099/95, juizados especiais criminais, lei n.º 9.503/97, código de trânsito brasileiro e da jurisprudência atual*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MAÑAS, Carlos Vico. *O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Revisão Criminal 2008.002829-1. Relator Des. Romero Osme Dias Lopes. Julgamento em: 19/05/2008. Publicado no *DJMS*, de 18 de junho de 2008.

MASSON, Cléber Rogério. *Direito penal esquematizado: parte geral*. v.1. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

PANTONI, Roberta Alessandra. As finalidades da pena a partir de uma concepção contemporânea do direito penal: o funcionalismo moderado. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, n. 54, jun 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2789>. Acesso em: 3 jul. 2016.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

RIBEIRO, Bruno Servello. A atual importância do princípio da insignificância no direito penal. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, ano XV, n. 96, jan. 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/fckblank.html?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10976&revista_caderno=3>. Acesso em: 3 jul. 2016.

ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Estudos de direito penal*. Organização de Luís Greco e Fernando Gama de Miranda Netto. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SOUZA JÚNIOR, Carlos Miguel Villar de. Funcionalismo penal: aportes sobre uma teoria axiológica do direito penal. In: *Anima: Revista Eletrônica do Curso de Direito da Opet*, v. IV, p. 62-73, 2010. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/7865/6415>> Acesso em: 2 jul. 2016.

A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E DA DEMOCRACIA COM ENFOQUE EM UMA ANÁLISE ATUAL

Lucas Antonio Rodrigues Lima¹

Lucas Milton Prates Cruz²

RESUMO

O presente artigo objetiva analisar o surgimento e a evolução histórica da Democracia e dos Direitos Humanos, com enfoque na análise em um contexto atual. A pesquisa é exploratória, bibliográfica e qualitativa, utilizando-se como objeto de pesquisa livros e artigos de autores consagrados na área. A análise do texto expõe a eminente exclusão de membros minoritários dos corpos sociais, mesmo quando estes se utilizavam de supostos Democráticos. Isso se mostrou na Grécia Antiga, quando se utilizava o modelo Direto de Democracia, mas, ainda assim, apenas homens livres, maiores e não-estrangeiros eram plenamente representados. Tal herança, advinda deste modelo primeiro de Democracia perdura até os dias atuais, mostrando-se de maneira clara e evidente na sociedade brasileira, através de suas discussões políticas e sociais.

Palavras-chave: Democracia. Direitos Humanos. Representatividade. Evolução Histórica.

THE EVOLUTION OF HUMAN RIGHTS AND DEMOCRACY WITH FOCUS ON A CURRENT ANALYSIS

ABSTRACT

This article aims to analyze the emergence and historical development of Democracy and Human Rights, focusing on the analysis on the current context. The research is exploratory, bibliographical and qualitative, using as an object

of research books and authors of articles contained in the area. The text analysis exposes the imminent exclusion of minority members of the governing bodies, even when they used is supposed Democratic. This is shown in ancient Greece, when it used the direct model of democracy, but still only free, higher and non-foreign men were fully represented. This heritage, arising this first model of democracy endures to the present day, showing a clear and obvious way in Brazilian society, through its political and social discussions.

Keywords: Human Rights. Democracy. Evolution. Exclusion.

1 INTRODUÇÃO

Entende-se por Democracia um governo em que todos os cidadãos participam da vida política do país, de maneira direta ou representativa. O presente artigo analisa a evolução histórica da Democracia, deixando de ser um modelo Direto, para o sistema Representativo – com enfoque na novidade do modelo Representativo: os Direitos Humanos. Além disso, analisam-se as dificuldades de implementação do modelo Direto, as vantagens e desvantagens do modelo Representativo e sua contextualização no Brasil atual.

Sabe-se que o que se entende por Democracia Direta tem início na Grécia, mais especificamente em Atenas. Com o desenvolvimento da *Pólis*, e a popularização de conceitos como *isegoria* – que aborda a igualdade na votação, em que cada cidadão tem o mesmo “peso” no seu voto; além

¹ Acadêmico do Segundo Período do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho (FADISA)

² Acadêmico do Segundo Período do Curso de Direito das Faculdades Integradas Pitágoras (FIPMoc)

disso, as leis passam a ser escritas – e a *isonomia* – princípio que fundamenta o uso do “logos”, ou seja, da razão, da discussão, para que os cidadãos cheguem, em conjunto, a uma conclusão, os cidadãos passam a obter grande poder político, participando diretamente das decisões públicas.

Contudo, não se pode confundir o modelo ateniense de democracia com os Direitos Humanos. Em primeiro lugar, os Direitos Humanos visam defender os direitos de todos os cidadãos, sem distinção de raça, cor, etnia ou religião. Em Atenas, por outro lado, as pessoas consideradas Cidadãs são os homens, livres, maiores e não-estrangeiros. Ou seja, enquanto um tem por princípio ser universalizante, o outro fomenta a exclusão das minorias.

Os Direitos Humanos de fato, surgem – longe da sua configuração atual, mas de maneira muito mais tímida –, segundo Ribeiro (2001), por volta do século XVII, quando em um conflito político na Inglaterra, que visava a redução dos poderes do Rei e a adoção dos direitos para os cidadãos, o Rei Jaime II cai e sua filha e seu genro, Maria e Guilherme, são instituídos Reis por intermédio de uma lei. Esta mesma lei, por sua vez, institui pontos em que os cidadãos recebem direitos, para que possam se defender do poder autoritário dos Reis. Essa lei é conhecida como *Bill of Rights*.

A partir daí, com o advento da Revolução Francesa e a assinatura da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, que seguiam os princípios de Igualdade, Liberdade e Fraternidade, os Direitos Humanos finalmente começam a surgir de maneira sistemática. Isso se evidencia quando, em 1948 há a assinatura da Declaração Universal dos Direitos Humanos, pela Organização das Nações Unidas.

Vale ressaltar ainda, que o modelo monárquico a ser adotado no período de Jaime II, na Inglaterra, é o Absoluto. Dessa maneira, quando houve a queda do supracitado Rei e a substituição do trono pela sua filha e genro, e a assinatura do *Bill of Rights*, ocorreu o início da discussão que mais tarde levou a França a derrubar o modelo Monárquico Absoluto e instituir o modelo Republicano, que viria acompanhado da representatividade.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA DEMOCRACIA

É sabido que a Democracia Direta tem início na Grécia, mais especificamente em Atenas. Por lá, era comum a existência de *Ágoras*, que eram locais aonde os cidadãos se reuniam para realizar os debates acerca de temas pertinentes – ou não – no que diz respeito à vida política da Cidade-Estado.

Além disso, os cidadãos viviam em regime de igualdade, uma vez que nenhum tinha poder superior ao outro, fato evidenciado pelo princípio da *isegoria*, em que o voto de cada cidadão tinha o mesmo “valor”, sendo necessária uma maioria deles para que uma decisão fosse tomada. A discussão política também era fomentada, dentro das próprias *Ágoras*, e isso era evidenciado pelo princípio da *isonomia*.

Apesar disso, e tendo em vista o aumento da complexidade da sociedade – principalmente ocasionado pela forte expansão no número de indivíduos –, o modelo Direto não mais se mostra eficiente. Outro ponto, mostrado por Ribeiro (2010) é que a Democracia Direta é impossível uma vez que o atual desinteresse pela política, por parte da população, torna esse modelo ineficiente.

Contudo, há de se ressaltar que antes de o modelo Representativo ser instaurado, o mundo foi submetido a regimes Monárquicos Absolutos e diversos outros regimes autoritários. Nesses países, não havia qualquer respeito a qualquer direito dos cidadãos, ou a qualquer pessoa que não fosse “amiga do Rei”. De fato, os reis e os ditadores, entendiam o Estado como sua propriedade, e as pessoas como seus súditos.

Cedo ou tarde, esses regimes passaram a cair, sendo que dois momentos históricos se destacam como mais importantes neste sentido: a Inglaterra, de 1689; e a França, em 1789, com a Revolução Francesa.

Ocorre que, em 1689, na Inglaterra, o Parlamento lutava para a redução dos poderes do Rei, que naquele momento se tratava de Jaime II, e a conseqüente instauração de uma Constituição que viesse a limitar o poder de maneira mais

sistemática. O Rei, contudo, não permitia que isso ocorresse e, nesse embate, Jaime II acaba caindo, em 1688. Já em 1689, o Parlamento permite a subida ao poder de Maria e Guilherme, filha e genro de Jaime II, respectivamente. Contudo, para tal, é necessário que eles aceitem o *Bill of Rights*, que foi traduzido como Declaração de Direitos. Esse documento visa dar aos cidadãos alguns direitos para que eles se protejam do autoritarismo do Rei, como a impossibilidade de o Monarca cobrar impostos sem lei e que este deve reunir o Parlamento com regularidade para ouvir as opiniões dos seus membros – ressalta, ainda, que o Rei deve cumprir as sentenças judiciais e leis vigentes.

Dessa maneira, observa-se que os Direitos Humanos surgem no século XVII, com o objetivo de limitar o poder do Rei. Neste momento, o Monarca perde o pleno controle do Judiciário e do Legislativo, garantindo maior liberdade aos cidadãos. Contudo, ainda está longe de este ser um modelo plenamente Democrático.

O segundo momento histórico, e talvez o mais importante, ocorre na França, em 1789. Após a queda da Bastilha, é assinado a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que tem o objetivo de garantir direitos aos cidadãos em geral, e não somente a um povo – neste sentido, já se diferencia da Democracia Grega, uma vez que aqui não são apenas homens, maiores e não-estrangeiros. Com o dado de que, para a época, todo não-ateniense era estrangeiro, pois vivia-se a época da Cidade-Estado. Logo, a democracia era mais ateniense, apenas, do que grega como um todo.

A assinatura dessa declaração é de extrema importância até hoje. A diferença dela para a inglesa está justamente no fato de que a que fora assinada na Inglaterra diz respeito a um conhecimento muito prático dos juristas daquela região, fazendo com que o documento adquirisse característica regionalista, impedindo que ele fosse exportado para outros lugares do mundo. Contudo, o modelo francês é mais geral, uma vez que os teóricos franceses de então, de maior qualidade que os ingleses, conseguiram redigir um documento que conseguia se adaptar a diversas

realidades ao redor do globo, segundo Ribeiro (2010, p. 19-20):

A Inglaterra, no século 17, e suas colônias norte-americanas, cem anos depois, contam com longa experiência de autogoverno. [...] Já a França, ao começar a revolução, carece de uma classe ilustrada, capaz de tomar em mãos assuntos públicos. [...] Ora, a França terá um contingente de intelectuais afastados do poder. [...] A Inglaterra terá uma política prática, a França, uma teórica. [...]

Dessa maneira, a França conseguiu incitar outros países a tomarem o mesmo rumo que ela, e lutar por Democracia. Além disso, após instituir o modelo republicano, pela primeira vez, este passou a se popularizar por outros países, que ao adotarem este modelo, passam a utilizar do modelo representativo de Democracia, que naquele momento estava umbilicalmente ligado ao sistema. Nesse sentido, diversos embates foram travados até que, novamente no século XX, o mundo fosse marcado por enormes lutas em favor da Democracia, como dito por Costa (2010, p. 146):

O breve século XX, [...] caracterizou-se pela luta vitoriosa contra os governos de força e contra a falta de liberdade em todos os cantos do mundo. As nações que surgiam do desmantelamento das relações coloniais eram instadas a instituir sistema políticos representativos e participativos para se enquadrarem no ideal político democrático.

Ou seja, apesar de surgir no século XVII, o pensamento democrático toma muita força no século XX. Isso ocorre porque muitas nações estavam subjugadas a sistemas autoritários muito fortes, sendo que sua libertação demandaria enorme tempo. Isso se evidencia, por exemplo, na relação entre colonizador/colonizado.

Conclui-se, portanto, que após o século XX, o sistema representativo passou a ser adotado na maioria dos países do mundo, tendo o sistema direto sido quase extinto, sendo hoje mantido em alguns poucos países. Vale ressaltar ainda que, junto com o modelo representativo vieram os

Direitos Humanos, que surgem como forma de os cidadãos se defenderem do poder absoluto dos monarcas.

3 DIFICULDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DO MODELO DE DEMOCRACIA DIRETA

Por Democracia Direta, entende-se uma forma de organização política na qual todos os cidadãos podem participar de maneira direta na tomada de decisões. As primeiras democracias, portanto, foram Diretas. De fato, existem diversos defensores da Democracia Direta, e um dos mais importantes deles é Jean-Jacques Rousseau. Bonavides (2000) expressa a opinião de Rousseau, quando expõe que este desprezava a representatividade e sua estrutura, uma vez que ele acreditava que a vontade geral de um povo deveria ser exercida por este próprio povo, e não pela representação. Para Rousseau, não havia representação da vontade.

Apesar disso, a argumentação contra a Democracia Direta é, quase sempre, a de que esta é inaplicável no contexto contemporâneo, uma vez que há uma sociedade altamente complexa, com inúmeras relações sociais diferentes ocorrendo simultaneamente, e uma enorme quantidade de pessoas. Dessa maneira, fazer com que cada um, por exemplo, dos duzentos milhões de habitantes do Brasil vá a uma urna decidir sobre cada Projeto de Lei a ser aprovado mostra-se ineficiente.

Contudo, esse não é o único argumento neste sentido. Ribeiro (2001, p. 30) discursa no sentido de que, uma vez que as pessoas se mostram, atualmente, completamente (ou quase) alheias à política, o sistema Democrático Direto se torna inviável. Em suas palavras,

O desinteresse moderno pela política é um dos grandes fatores que impossibilitam a democracia direta. Alguns dizem que a democracia direta hoje é impossível porque nossos países são maiores que as cidades gregas e fica inviável reunir os cidadãos na praça. Esse argumento, embora correto, é superficial. Se o problema fosse só o do tamanho do território, as pessoas votariam animadas, participariam de organizações

voluntárias; enfim, a política estaria em nosso sangue

Dessa maneira, a Representação se mostra como a mais eficiente das opções, uma vez que o desinteresse pela política, no contexto contemporâneo, faria com que a adesão popular às assembleias fosse quase nula. Dessa maneira, eleger alguém que represente suas vontades, apesar de não ser correto para Rousseau, mostra-se eficiente e funcional no mundo contemporâneo. Isso, somado à questão da complexidade da sociedade, faz com que o modelo representativo se apresente como o ideal e, dessa forma, é o mais utilizado em todo o mundo.

4 VANTAGENS E DESVANTAGENS DO MODELO REPRESENTATIVO

Como já exposto, o modelo representativo de Democracia nasceu juntamente com a concepção dos Direitos Humanos – ainda que numa concepção mais embrionária –, visando a combater o poder absoluto dos reis europeus. Ou seja, o sistema representativo nasce para dar ao povo poder sobre as decisões políticas que venham a influenciar em suas próprias vidas – além da possibilidade de se defender da tirania dos reis.

Apesar do seu contexto de surgimento, a representatividade acompanhou uma longa evolução histórica, alcançando os dias atuais. Nesse sentido, a representatividade se adapta às necessidades da sociedade contemporânea: uma vez que a política deixou de ser o centro das atenções, dada a sua aparente estabilidade, as pessoas passaram a envolver-se com outros assuntos. Dessa maneira, o descomprometimento da sociedade quanto à política faz com que o sistema representativo seja mais vantajoso, uma vez que não seria possível, para as pessoas, irem até as assembleias.

Um dos argumentos mais importantes acerca das vantagens do sistema representativo vem de Ribeiro (2001, p. 14). Ele argumenta que muitos, na atualidade, encaram o sistema direto de Democracia como melhor que o representativo. Contudo, a adoção do último se dá pela sua

novidade mais importante: o surgimento dos Direitos Humanos. Discorre assim:

[...] a democracia antiga é vista, geralmente, como superior à moderna. Invejamos os atenienses. Perdemos muito da dimensão pública. Acabou a democracia direta, começou a representação. Mas entremos na democracia moderna pelo que ela tem de melhor. Porque ela não é uma degradação da antiga: traz uma novidade importante – os direitos humanos (RIBEIRO, 2001, p. 14).

A dimensão pública nos tempos atuais se perde pela mudança de protagonismo da sociedade. Antes, buscavam-se direitos civis e liberdade; atualmente busca-se liberdade econômica. Ou seja, a luta que antes era embasada na esfera política, tendo como foco a sociedade como um todo, passou a ter como foco o indivíduo e suas necessidades econômicas, apenas.

Apesar de seus pontos positivos, a democracia representativa tem seus problemas. Como apontado por Medeiros, a Democracia Representativa tem em seus fundamentos a atenção em atender às necessidades da maioria. Contudo, é comumente corrompida, por aqueles que são eleitos para representarem esta maioria:

Deste modo a democracia representativa é uma forma de governo que visa atender as necessidades de uma grande maioria, mas que infelizmente é corrompida, aqueles que deveriam defender o povo em busca de um bem comum [...] (MEDEIROS, 2016).

Assim, apesar de se apresentar como o modelo de Democracia mais eficiente a ser adotado, a representatividade também apresenta problemas. Ainda assim, a grande maioria dos países utiliza deste modelo em sua política, deixando apenas para uma minoria muito restrita o uso da democracia direta.

5 A DEMOCRACIA REPRESENTATIVA NO BRASIL ATUAL – BREVE ANÁLISE

Ao iniciar uma análise acerca do sistema representativo no Brasil atual, o primeiro ponto a se observar é justamente a falta de

comprometimento e participação da população quanto ao sistema político. Isso se evidencia, como exposto por Ribeiro (2001, p. 28):

Essa disposição a discutir a coisa pública hoje é rara. Encontra-se em estudantes, em sindicalistas, em militantes, e mais nos jovens que nos mais velhos. É frequente que quem vá às assembleias se queixe da falta de interesse dos demais. Ouve-se isso em reuniões de condomínio, de alunos, de professores, de simpatizantes de candidatos. A queixa expressa o ideal de que todos estivessem presentes. Reclama-se do desinteresse dos outros, mas se entende esse descaso: afinal, a política de hoje é tão falsa, tão afastada das pessoas, que elas perdem o empenho por ela. Tudo isso tem seu grau de razão. Seria ótimo aumentar a participação.

Dessa maneira, Ribeiro evidencia aquilo que se iniciou na Grécia Antiga e perdura até os dias atuais: os governantes, utilizando-se de discursos supostamente democráticos, executam manobras políticas visando ao afastamento de determinadas parcelas da população, e buscando transformar a política em um campo em que suas ideias e objetivos sejam executados plenamente.

Embora tida como a Democracia Direta clássica e original, ocorreu na Grécia uma espécie de exclusão, porque apenas homens, maiores, livres e não-estrangeiros poderiam participar das discussões e da vida pública. Ocorreu também em outro tempo passado, na Segunda Guerra, quando os judeus foram impedidos de exercer vida pública (e inclusive “caçados”). E ocorre no Brasil atual, quando índios, *gays*, negros e outras minorias têm seus direitos ceifados a partir de discursos amplamente aceitos na sociedade.

Essa exclusão leva, justamente, ao desinteresse das pessoas pela política. Dessa forma, o voto se torna uma obrigação sem importância; a fiscalização da vida pública dos políticos se torna algo desnecessário, afinal “todos são corruptos” e, assim, a política se torna cada vez mais distante da população.

Outro ponto importante é a diferença de cultura entre as duas sociedades. Conforme apontado por Ribeiro (2001), a sociedade grega prezava pelo ócio. Ou seja, uma vez que alguém

tinha a oportunidade de não precisar exercer trabalho braçal, esse deveria participar da vida pública, das discussões políticas, seja na Ágora ou nas Assembleias. A cultura atual, contudo, funciona de uma maneira diferente: tudo gira em torno da economia. O mundo hoje gira em torno da economia. Se antes, ao se obter o ócio, a necessidade era de realizar grandes discussões políticas e teóricas, hoje o objetivo é adquirir produtos, realizar viagens e consumir serviços. Ainda nesse sentido, observa-se que hoje a economia influencia – e muito – na vida política. Dessa feita, a discussão não mais tem caráter unicamente social, mas também e principalmente econômico.

Desse modo, é justificado o desinteresse atual pela política, não só no Brasil, mas no mundo como um todo. Para modificar esse cenário, há a necessidade de se modificar a cultura mundial – a cultura do consumo, a cultura individualista –; há a necessidade de novamente enobrecer a discussão acerca da vida pública, do bem comum, da sociedade como um todo.

6 A CRISE DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA NO BRASIL

Como já exposto algumas vezes, no Brasil não existe uma forte adesão popular no que diz respeito a questões políticas. Desse modo, não é difícil imaginar que, assim sendo, partidos políticos e os próprios políticos passaram, com o tempo, a utilizar da máquina pública para bem próprio, sem se preocupar com os interesses populares.

É isso que se observa claramente hoje no Brasil. Os Poderes Legislativo e Executivo, que historicamente têm uma ligação muito forte por aqui, não mais representam a população, sendo estes os maiores responsáveis pelos grandes escândalos que ocorrem hoje na nação.

Isso é corroborado através das inúmeras operações de combate à corrupção executadas pela Polícia Federal em todo o país, estas encabeçadas pelo Ministério Público – instituições estas que, nos últimos anos, vêm fazendo um trabalho sistêmico de combate à corrupção.

Contudo, não é somente a corrupção o ponto desta crise. A perda dos Direitos Fundamentais por parte dos cidadãos é ainda mais gritante. Isso se deve em parte pelo aparelhamento do Estado visando atender às necessidades dos políticos, seus partidos e eventuais financiadores de suas campanhas. E, em outra parte, ao atendimento de pautas conservadoras pelo Congresso, as quais restringem cada vez mais direitos voltados às minorias.

Dessa forma, toda a evolução consagrada pelos Direitos Humanos corre enorme risco no Brasil, uma vez que deixou de ser observada para que questões econômicas e puramente de estratégia política fossem analisadas com maior fervor. Ou seja, o maior risco futuro é, na verdade, a eventual perda do Estado Democrático de Direito que foi consagrado nesta nação após a Constituinte que deu origem à Constituição Federal de 1988.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como exposto, o embrião dos Direitos Humanos surge ainda no século XVII, de maneira muito tímida, como consequência de um embate político entre o Rei inglês da época e o Parlamento. A Democracia Representativa surge em seguida, uma vez que o povo passa a ansiar por exercer o poder político e o Parlamento garante este direito, ao elaborar o chamado *Bill of Rights*. Mais tarde, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) passa a fundamentar documentalmente a questão direcionada aos Direitos Fundamentais, de maneira mais universal. Com base nesta Declaração, surgem outros documentos e um anseio mundial por Direitos, até que em 1948 surge a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH).

Fato é que a DUDH não encerra a luta pelos Direitos Fundamentais, que marcou quase quatro séculos na história da humanidade, mas inaugura um novo momento, marcado pelo diálogo e pela garantia dos direitos, pelo protagonismo do povo em face de grandes políticos, pelo uso do Estado e de sua força coercitiva para garantia dos direitos fundamentais.

No Brasil, essa discussão se deu principalmente após o Período Militar (1964-1985), que marcou o país com uma mancha de desrespeito aos Direitos Humanos. Em 1988, tem-se a promulgação da Constituição Cidadã, que vem dar fim aos desrespeitos aos Direitos Humanos e fundar no Brasil um Estado Democrático de Direito, visando a garantir aos cidadãos os Direitos Fundamentais e serviços públicos que garantam a dignidade de cada um.

Ainda assim, o que está previsto na Constituição não é plenamente cumprido. Ocorre que é comum observar, principalmente por parte das forças Estatais, forte desrespeito aos Direitos Humanos e outros preceitos fundamentais da Carta Magna brasileira. Além disso, apesar de a Constituição de 1988 objetivar dar fim a ações violentas e ditatoriais que outrora eram impostas à sociedade, dois pontos são importantes: a) leis infraconstitucionais anteriores a essa Constituição e, portanto, que refletem anseios ditatoriais, permanecem em vigor; b) os Direitos Fundamentais, os Direitos Humanos e a própria dignidade da pessoa humana, resultado de séculos de luta, correm enorme risco no Brasil atual, em que a criminalidade a crise política e moral da sociedade fazem com que a população apoie posturas violentas e firmes, deixando que suas liberdades sejam ceifadas.

Dessa forma, é importante ter em mente que, apesar de a DUDH e as Constituições que a sucederam fomentarem o respeito ao Ser Humano, não é incomum nos dias atuais observar grave desrespeito aos Direitos Humanos. Assim, é importante manter o debate sempre aberto, objetivando ceifar, o quanto antes, práticas que descumpram o previsto nas Constituições e na DUDH. Ainda é importante frisar que o Brasil necessita, o quanto antes, de uma reforma ampla em suas leis, objetivando implementar novas normas que não atendam mais a anseios de

governos autoritários.

Por fim, é igualmente importante fortalecer as instituições brasileiras, uma vez que somente com instituições fortes e autônomas, os governos podem ser investigados e pressionados a cumprir com seus deveres; dessa forma, deve-se abandonar completamente o pensamento de eleger “heróis nacionais”, e pensar mais em instituições firmes que garantam a iniciativa particular de cada um, com vistas aos Direitos Humanos e demais preceitos constitucionais que garantam a dignidade humana.

REFERÊNCIAS

- COSTA, Cristina. Democracia e direitos humanos. In: COSTA, Cristina. *Sociologia: introdução à ciência da sociedade*. São Paulo: Moderna, 2010. Cap. 11, p. 147 – 150.
- BONAVIDES, Paulo. O sistema representativo. In: BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. São Paulo: Malheiros, 2000. Cap. 15, p. 270-271.
- MEDEIROS, Alexsandro M. Democracia representativa: consciência política. Disponível em: <<http://www.portalconscienciapolitica.com.br/ciber-democracia/democracia-representativa/>>. Acesso em: 17 abr. 2016.
- OLIVEIRA SOBRINHO, Afonso Soares de. A crise de legitimidade das instituições: democracia, constitucionalismo e acesso à Justiça. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12850&revista_caderno=9>. Acesso em: 23 maio 2016.
- RIBEIRO, Renato Janine. *A democracia*. São Paulo: Publifolha, 2001, p. 13-36.

O REGIME FLEXIBILIZANTE DOS TEMPOS LÍQUIDOS: a mudança perpétua como único aspecto permanente das relações trabalhistas

Lucas Versiani Cardoso¹

RESUMO

O presente artigo, estruturado em três partes, fará uma abordagem inicial acerca dos desdobramentos que subvencionaram a união entre capital e trabalho. Em um segundo momento, será trazido à baila o surgimento do Direito do Trabalho e os movimentos propulsores de institucionalização das relações juslaborativas. Por derradeiro, a pesquisa tratará da concepção líquido-moderna esquadriada pelo sociólogo Zigmunt Bauman, desvelando os paradigmas trabalhistas advindos do regime flexibilizante dos tempos líquidos.

Palavras-chave: Trabalho. Capital. Flexibilização.

THE FLEXIBILIZING REGIME OF LIQUID TIMES: the change as the single aspect of permanent labor relations

ABSTRACT

This article, divided into three parts, will make an initial approach about the developments that have subsidized the union between capital and labor. In a second stage, it will be brought to the fore the emergence of labor law and the movement propellants institutionalization of labor relations. By last, the research will address the modern-liquid conception scanned by Zygmunt Bauman Sociologist, investigating the labor paradigms arising from the flexibilizing regime of liquid times.

Keywords: Work. Capital. Flexibility.

1 INTRODUÇÃO

Em um ambiente holisticamente adverso à

solidez nas relações sociais, o modo tradicional de vida foi desmantelado pela descoberta do trabalho como uma fonte de riqueza, um objeto a ser explorado de modo mais eficiente possível. A velha e já defunta ordem foi substituída por uma nova ordem. Os constantes revisionismos das insuficiências da modernidade propõem, necessariamente, uma metáfora, sugestionada pelo sociólogo polonês Zigmunt Bauman: Modernidade Líquida. Nesse contexto, verifica-se a precarização e o contingenciamento do valor social atribuído ao trabalho. As contratações a termo se tornaram a regra, fomentando o desemprego estrutural. As normas de convivência do casamento entre capital e trabalho estão em pauta, e a flexibilidade se revela como a panaceia de todos os problemas.

Este artigo, estruturado em três partes, fará uma análise acerca dessa nova feição das relações justrabalhistas, com enfoque na flexibilização das normas e das condições de trabalho. Inicialmente, serão perquiridas as raízes da união entre capital e trabalho, desde seus incipientes contornos. Em um segundo momento, realizar-se-á uma abordagem acerca do surgimento do Direito do Trabalho em uma Modernidade “Sólida”, com o intuito de cotejar as relações de emprego de outrora com os novos paradigmas trabalhistas. Por derradeiro, a pesquisa examinará a aplicabilidade da chamada “Flexissegurança”, que vindica uma conciliação entre as variantes do mercado e a segurança dos trabalhadores contra o desemprego.

2 MODERNIDADE SÓLIDA: O CASAMENTO ENTRE CAPITAL E TRABALHO

Iniciada com a introdução das máquinas, a Modernidade Sólida contextualiza-se na autorregulamentação do mercado, com a intensa divisão e especialização das tarefas das forças

¹ Acadêmico do Décimo Período do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho (FADISA).

produtivas. Fervilhada pelas noções do liberalismo econômico smithiano, que se revelava como veículo de acesso ao poder político, a burguesia se revestia do anelo de que as relações socioeconômicas não poderiam sofrer uma intervenção estatal. Essa mudança de perspectiva corporificada pelos burgueses resultaria na Revolução Francesa, em 1789, que, nas palavras de Hobsbawm (1996, p. 20) “foi um episódio de significado profundo e sem paralelo na história de todo mundo moderno, qualquer que seja o modo como essa significação é posta.”. À medida que soavam os ecos da marselhesa², ocorria a transferência de poder de uma classe à outra, e o valor outorgado ao trabalho já não era o mesmo.

Através das dobras do tempo, a Revolução Industrial advinda dos movimentos burgueses transformou o trabalho em emprego, surgindo “uma nova cultura a ser aprendida e uma antiga a ser desconsiderada.” (MARTINS, 2012, p. 6). Preleciona Hobsbawm (1996, p. 28) que alguns estudiosos, dentre eles Saint-Simon, concebiam a indústria e os industrialistas recém-chegados como a “fundação do futuro.”. De fato, a Revolução Industrial fundaria uma nova dimensão para as relações sociais, jamais experimentada até então.

Nessa conjectura, pontifica Cavalcanti (2008, p. 37) que “a máquina que parece no ato aumentar a produção e multiplicar a riqueza é também produtora de miséria ao privar os homens de trabalho.”. A censura prescrita pela ideologia liberal no tocante aos custos totais das contratações, deixava os empregados à mercê dos empregadores, pois o Estado intervia, apenas, para garantir a aptidão de compra e manutenção de obreiros. Assim, gerava-se um contingente de desempregados, em outras palavras, de desesperados. Afirma Bauman (2001, p. 183) que “os desempregados eram inteira e verdadeiramente o ‘exército reserva de trabalho’, e tinham que ser mantidos em Estado de prontidão, caso fossem chamados de volta à ativa.”.

De acordo com Bauman (2001, p. 179-182), o modo tradicional de vida havia se desmantelado

pela descoberta do trabalho como uma fonte de riqueza, um objeto a ser explorado de modo mais eficiente possível. A “velha e já defunta ordem deveria ser substituída por uma nova ordem.”. Era o “delírio intoxicante do novo começo”: fábricas gigantescas equipadas com maquinaria “monstruosa”, verdadeiros monumentos feitos para representar a eterna glória dos homens modernos, capazes de pensar, descobrir, planejar e agir, sempre com o escopo de “acomodar” o que havia sido “desacomodado” pelos antepassados.

Obtempera Bauman (2001, p. 179), comentando sobre obra de Tocqueville, que a “bomba plantada pelo capital” para implodir os sólidos criados pelas corporações/comunas do *Ancien Régime*³, convulsionou o engajamento entre capital e trabalho, “fortificado pela mutualidade de sua dependência”.

À guisa de exemplo, vindica Martins (2012) que Henry Ford criou a linha de montagem na indústria automobilística, incentivando aumento de salários para que os empregados comprassem também os automóveis que fabricava. No entanto, em que pese a aparência despreziosa do desejo de Ford, Bauman (2001) elucida as estratégias necessariamente funcionais do empresário para vinculação entre capital e trabalho. Sublinha o sociólogo que ao atar os empregados às empresas Ford, os gastos com a preparação e treinamento de novos trabalhadores eram extirpados, o que se revelava produtora, pois aumentava a “vida útil” dos obreiros, detendo a constante mobilidade da mão de obra. Tendo em vista sua dependência em mantê-los enraizados, Ford tentava tornar os empregados submissos à sua fábrica, disponíveis para a perpetuação de seu poderio econômico. Era uma perspectiva de casamento, destinado a durar para sempre.

Nessa esteira, Castel (2009), ao esmiuçar as metamorfoses da questão social, consigna que eram conferidos serviços assistencialistas aos empregados, em uma tentativa de criar laços familiares entre trabalhador e fábrica. Contudo, prossegue o autor, por trás deste paternalismo

² Canção que impulsionou a Revolução Francesa, composta por Claude Joseph Rouget de Lisle, em 1792. Tornou-se o hino francês.

³ O Ancien Régime foi um sistema sociopolítico aristocrático, estabelecido na França e demais sociedades europeias, nos séculos XVI e XVII. Caracterizava-se pela divisão social em estamentos (desnívelamento social) e na concentração de poder nas mãos de um rei.

estavam os interesses da classe dominante, quais sejam: aliviar as pressões acerca dos problemas advindos da exploração sem limites; fixar o empregado na fábrica e desestimular as organizações corporativistas, gremiais ou sindicais que se insurgiam face às mazelas do Estado Liberal.

Em suma síntese, assevera Bauman (2001, p. 182):

Os trabalhadores dependiam do emprego para sua sobrevivência; o capital dependia de empregá-los para sua reprodução e crescimento. Seu lugar de encontro tinha endereço fixo; nenhum dos dois poderia se mudar com facilidade para outra parte – os muros da grande fábrica abrigavam e mantinham os parceiros em uma prisão compartilhada. Capital e trabalhadores estavam unidos, pode-se dizer, na riqueza e na pobreza, na saúde e na doença, até que a morte os separasse. A fábrica era seu *habitat* comum – simultaneamente o campo de batalha para a guerra de trincheiras e lar natural para esperanças e sonhos.

Diante o exposto, verifica-se que “os horizontes do capitalismo pesado eram de longo prazo.” (BAUMAN, 2001, p. 183). Quem iniciasse sua carreira em empresas como a Ford, dificilmente desenharia perspectivas de trabalhar em outras fábricas. O destino dos trabalhadores e empregadores confluía para a “eternidade”, em verdadeira conjugação de vidas.

Porém, a caixa de pandora do capitalismo estava aberta, e os males da insalubridade, insegurança, desemprego, envilecimento da taxa salarial, jornadas extenuantes, dentre outros, escapara. Logo, para que não ocorresse um pernicioso “divórcio”, deveriam ser desenvolvidas e sistematizadas normas de convivência, aptas a proporcionar a conservação dos interesses do capital e, de certa forma, assegurar que o trabalhador não fosse tratado como “coisa”. Era o início, pois, das discussões dos “recém-casados” capital e trabalho.

Assim, pressionado pelo vertiginoso desequilíbrio entre as classes sociais, o Estado já não mais podia se manter vendado frente às

intempéries da economia liberal, e o movimento socialista anunciaria a urgência da regulamentação das relações de emprego. A chamada “questão social”, aguçada pelo clamor da classe proletária⁴ nas grandes cidades industriais, havia passado de simples névoa de querelas para um temporal de reivindicações, e o sistema capitalista precisaria, necessariamente, conciliar os interesses entre capital e trabalho.

Feitas essas breves digressões histórico-sociológicas, o próximo passo da pesquisa será a análise dos principais fatores que fizeram emergir o Direito do Trabalho, perscrutando a fase de “solidificação” das regras e princípios justralhistas para, em momento oportuno, tracejar indagações quanto às causas que estandardizaram a “flexibilidade” dos direitos trabalhistas.

3 SURGIMENTO DO DIREITO DO TRABALHO

É obra da ciência a descoberta de métodos para a análise dos diversos campos florescidos pelas ideias. Nessa perspectiva, para o estudo das fases históricas do Direito do Trabalho na seara internacional, será utilizado o cronograma proposto por Delgado (2012), consubstanciado em três etapas: manifestações incipientes ou esparsas, consolidação e sistematização (institucionalização), e, por fim, a fase de crise e transição do Direito Justralhista.

3.1 Manifestações Incipientes e Esparsas

A transição entre o paradigma trabalhista vigente na Revolução Industrial até a institucionalização do Direito do Trabalho ocorreu de forma gradual, iniciando-se, substancialmente, com o *Peel's Act* inglês e com a edição do Manifesto Comunista, de Marx e Engels, em 1848.

Lecionam Gomes e Gottschalk (2001, p. 1-2) que:

A concentração do proletariado nos grandes centros industriais nascentes; a exploração de um capitalismo sem peias; a triunfante

⁴ Segundo Martins (2012, p.08): “Proletário é o trabalhador que trabalha jornadas extensas (14 a 16 horas), morava em condições subumanas, tinha muitos filhos e recebia salário ínfimo”.

filosofia individualista da Revolução Francesa; os falsos postulados da liberdade de comércio, indústria e trabalho, refletidos no campo jurídico na falaz liberdade de contratar; o largo emprego das chamadas “meias-forças”, isto é, o trabalho da mulher e do menor; a instituição das sociedades por ações, sociedades anônimas propiciando, a princípio, a reunião de grandes massas de capital necessário aos empreendimentos industriais, e seu posterior desdobramento em capitais monopolizadores (*trust*, cartéis, *holdings*), a ideia vigorante do não intervencionismo estatal, por mais precárias que fossem as condições econômicas e sociais, tudo isso, gerando um estado de miséria sem precedentes para as classes proletárias, resultou no aparecimento, na história do movimento operário, de um fenômeno relevantíssimo: a formação de uma consciência de classe.

Nesse toar, anota Cavalcanti (2008) que a reação às dificuldades vividas pelos trabalhadores surgiria com a tomada de consciência de sua condição, pela compreensão da necessidade de se unirem frente ao desnível contratual proporcionado pelo liberalismo. Assim, com o recrudescimento dos movimentos de protesto e do sindicalismo, fulge à exaltação quanto aos direitos sociais. Conforme Hobsbawm (2015, apud Burke, p. 15) “a ação revolucionária” significava que “toda a roupagem decente da vida deve ser arrancada violentamente”, para deixar “nossa natureza nua, trêmula revelada em todos os seus defeitos.”. O escafandro rompia-se, como a metáfora da borboleta, que se transforma ao sair do casulo.

Em reflexão filosófica, acentua Arendt (2007, p. 226-227) que a convergência axiológica dos membros do labor conduz à mitigação do conceito de individualidade e identidade, para sobrelevar a uniformidade (sociabilidade). Completa a autora que:

A uniformidade predominante na sociedade do labor e do consumo, e que se manifesta em sua conformidade, tem íntima relação com a experiência somática de labutar em conjunto, na qual o ritmo biológico une de tal forma o grupo de operários que cada um passa a sentir-se como simples membro do grupo, e não mais como indivíduo. Não resta dúvida que isso atenua o esforço e a fadiga do labor, como a marcha em conjunto atenua, para cada soldado, o esforço de caminhar.

Nessa linha de raciocínio, asseveram Gomes e Gottschalk (2001, p. 2) que a desigualdade social criou “sólidos” liames de solidariedade entre os obreiros, isto é, uma consciência grupal, um “nós superior e distinto de cada eu que se dispersa e fragmenta a força grupal.”. Era o início, ainda paulatino, dos métodos associacionistas da classe trabalhadora frente à inerente força oposta, denominada burguesia.

Dessa forma, sobretudo com o movimento operário, encabeçado no marxismo, desencadeou-se uma resposta de autotutela coletiva. Aponta Delgado (2012) que a revolução na França, em 1848, traduziria a primeira grande ação coletiva dos dominados perante os dominadores da ordem institucional vigorante, e, por conseguinte, os pleitos de reconhecimento dos direitos de associação, greve e fixação de jornada de dez horas incorporariam o estuário jurídico daquele país, influenciando todo o mundo ocidental.

3.2 Consolidação e Sistematização

Em consonância com o exposto, os influxos da Igreja Católica, sob influência das encíclicas papais, também teriam participação no galgar da segunda dimensão dos direitos fundamentais trabalhistas. Em tom humanístico, conforme afirma Grillo (2012), as manifestações da Igreja idealizavam a colaboração e não a luta entre si, pois seria inevitável a desigualdade entre os homens e as classes sociais. Narra Martins (2012) que as Encíclicas não possuíam poder coercitivo, isto é, não obrigavam a ninguém. No entanto, o magistério papal servia como um catalizador para as reformas das legislações mundo afora.

Essa incipiente consciência revisionista do Liberalismo para prospecção de um Estado Social de Direito seria ratificada, substancialmente, a partir do fim da Primeira Guerra Mundial, em 1919. Preleciona Cavalcanti (2008) que nesse período houve a sistematização e consolidação do Direito do Trabalho, pois a aprovação do Tratado de Versailles teria por corolário a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), depositária de princípios norteadores das relações justtrabalhistas. Assim, as normas heterônomas se tornam o centro de gravidade dos direitos trabalhistas, confraternizando-se com as normas bilaterais autônomas na resolução de conflitos sociais.

Nessa conjectura, agigantou-se a constitucionalização dos direitos relativos a defesa social da pessoa humana, isto é, de garantias aos direitos fundamentais. Segundo Delgado (2012), ocorre a densificação do estuário normativo trabalhista, detentor, a partir desse momento, de autonomia no universo jurídico. À guisa de exemplo, tem-se a Constituição do México (1917), a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, da então República Soviética Russa (1918), a Constituição de Weimar (1919), da Alemanha, e a *Carta Del Lavoro* (1927), na Itália. Essas constituições colacionaram em seu bojo normas fundamentais para a ascensão da dignidade do trabalhador.

Como se vê, a mudança de paradigma provocada pela constitucionalização dos direitos trabalhistas impõe ao Estado uma nova forma de organizar o capitalismo, preconizando não apenas o pleno emprego e a igualdade, senão a assistência social, saúde, educação, etc., “revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas.” (SARLET, 2012, p. 57).

Conforme ensina Cavalcanti (2008) a universalização dos direitos sociais se deu após a Segunda Guerra Mundial. A partir desse marco, o Direito do Trabalho se internacionalizou, transbordando das relações internas dos Estados para alcançar as questões concernentes ao Estado de Bem-Estar em âmbito extracontinental. Com a Declaração da Filadélfia, de 1944, o campo de atuação da OIT se ampliou, e as normas protetivas se irradiaram por todos os demais tratados e Declarações internacionais de Direitos Humanos. O Direito do Trabalho do pós-guerra trouxe a autonomia das forças sociais como meio de resolução dos conflitos de interesses, o que iluminou os anseios pela distribuição da riqueza proporcionada pelo capitalismo. Como anota Sennett (2012, p. 23), só depois da Segunda Guerra que a desordem do capitalismo foi substituída, e criaram-se “sindicatos fortes, garantias do estado assistencialista [...] empresas em grande escala combinaram-se e produziram uma era de relativa estabilidade.”. Noutras palavras, consagrou-se a liberdade sindical como direito fundamental em âmbito internacional, o que solidificou as relações entre capital e trabalho, cada vez mais codependentes.

3.3 Crise e Transição

Após a fase histórica de afirmação e aperfeiçoamento do Direito Justrabalista, chegou-se ao momento de sua crise, de questionamentos quanto aos “limites éticos” até então impostos ao sistema capitalista.

Conforme preleciona Roesler (2014), a partir da década de 1970, com a crescente desvalorização do dólar e os persistentes *déficits* na balança norte-americana, com a crise do petróleo, guerra no Vietnã, acirramento da concorrência internacional, dentre outros fatores, ocorre, paulatinamente, o fenômeno da precarização e do contingenciamento do valor social atribuído ao trabalho. Nesse contexto, é trazida a celeuma da flexibilização das normas e princípios justrabalhistas, encouraçada nos ideais do neoliberalismo.

4 OS NOVOS PARADIGMAS TRABALHISTAS ADVINDOS DA MODERNIDADE LÍQUIDA

O ramo juslaborativo se aperfeiçoa com a dinamicidade das relações socioculturais, políticas e econômicas. Assim, indispensável ao seu estudo a comunicação com outras vertentes do saber para um entendimento holístico da realidade em que as normas heterônomas e autônomas se flexibilizam. O presente tópico adentrará à fenomenologia do mercado capitalista, na perspectiva sociológica de uma “Modernidade Líquida”, desvelando os impactos da globalização e do neoliberalismo frente ao valor social do trabalho. Após, constatados os pressupostos da liquidez das relações trabalhistas, serão tratadas as implicações do mantra “flexibilidade”, em suas extensões sociais e jurídicas.

4.1 Modernidade Líquida: a Era das Incertezas

Preleciona o historiador britânico Eric Hobsbawm que a história do mundo se divide em “eras”. Era das revoluções, do capital, dos impérios e dos extremos. Nessa senda, poder-se-ia dizer que o mundo moderno-líquido, esquadrihado por Bauman (2001), repousa-se em uma nova época, iniciada pós-Segunda Guerra e perpetuamente em

construção: a era da incerteza⁵. Consoante Heller (1999, p. 21) “viver na incerteza é traumático. Viver na incerteza de significados e de valores é ainda mais.”. Se antes a poesia da música de Belchior era tenaz em dizer que “ainda somos os mesmos e vivemos como nossos pais”, parafrasear Debord (1997, p. 24) mostra-se mais compatível com a realidade, pois “os homens parecem-se mais com os seus tempos do que com os seus pais.”. Esses tempos líquidos se revelam novos, desconhecidos de muitas maneiras, pelo que são necessários maiores apontamentos para correlacioná-los às relações trabalhistas.

Em um mundo globalizado, a mudança perpétua é o único aspecto permanente da vida hodierna. Assim, os constantes revisionismos das insuficiências da Modernidade propõem, necessariamente, uma metáfora: Modernidade Líquida. O estado *líquido* é um estado da matéria no qual a distância entre suas moléculas é capaz de se adequar a qualquer meio. Os líquidos possuem a qualidade de ter moléculas arranjadas em poucos diâmetros moleculares, ao contrário dos sólidos, que são formados por átomos estruturados, aglomerados, fortemente unidos (BAUMAN, 2001). Logo, a fluidez é a “principal metáfora para o estágio presente da era moderna.” (BAUMAN, 2001, p. 8). Nesse sentido, observa Lyotard (2015, p. 28) que se segue a “dissolução do vínculo social e a passagem das coletividades sociais ao estado de uma massa composta de átomos individuais lançados num absurdo movimento browniano.”.

Em uma sociedade fluida “o que conta é o tempo, mais do que o espaço que lhes toca ocupar; espaço que, afinal, preenchem apenas por um momento.” (BAUMAN, 2001, p. 8). O tempo se tornou uma arma na conquista do espaço, pois a velocidade de acesso e mobilidade são as molas-mestra do poder e da dominação. Ao passo que na Modernidade Sólida o tempo poderia ser ignorado, na Modernidade Líquida deixar o tempo de fora configura um grave erro (BAUMAN, 2001). Nesses tempos líquidos, os entulhos de uma velha ordem são substituídos pela progressiva libertação da economia. As formas tradicionais das

relações de emprego tornam-se episódicas. Bauman (2009, p. 35-36) aduz que:

[...] o ingrediente crucial da mudança é a nova mentalidade de “curto prazo” que veio substituir a de “longo prazo”. Casamentos “até que a morte nos separe” passaram a ser uma raridade: os sócios não esperam mais ficar muito tempo na companhia uns dos outros. De acordo com os últimos cálculos, um jovem norte-americano com um nível moderado de educação espera mudar de emprego pelo menos onze vezes durante sua vida – e essa expectativa de “mudança de emprego” certamente continuará crescendo antes que a vida laboral da atual geração termine. “Flexibilidade” é o *slogan* do dia, e quando aplicado ao mercado de trabalho significa fim do emprego “como o conhecemos”, trabalhar com contratos de curto prazo contratos precários ou sem contratos, cargos sem estabilidade e com cláusula de “até novo aviso”.

Em outras palavras, o trabalhador se encontra em um mundo destinado a contingências, incertezas e imprevisibilidades, e a solução fornecida é reinventar-se em um destino aparentemente irreversível. Obtempera Bauman (2001) que o trabalhador perdeu espaço para o consumidor, sendo irrelevantes suas aspirações. Eis que os olhares se voltaram para o aumento do projeto econômico consumista em detrimento do valor do trabalho humano, perseguido e conquistado durante séculos, conforme evidenciado alhures.

Passa-se a análise das conjunturas macroeconômicas que proporcionam a liquefação das relações justralhistas, para, após, indagar-se como adequar as exigências de um mercado global aos limites éticos que patrocinam a segurança das relações trabalhistas.

4.2 Os Pressupostos da Liquefação das Relações Justralhistas: Globalização e Neoliberalismo

É cediço que a era do capitalismo pesado resta ultrapassada. A velocidade das informações,

⁵ “A era da incerteza” é título de um livro de John Kenneth Galbraith. O autor disserta sobre a história do pensamento econômico, com implicações políticas no âmbito global. As ideias do economista ressoam em todas as partes do mundo. Como se vê, o nome da obra é bastante atual.

a dinamicidade das relações intersubjetivas, a criação de necessidades “descartáveis”, o consumo exacerbado, à amorfia de tudo o quanto era duradouro, fazem aflorar uma indagação: até que ponto as “estruturas” das relações trabalhistas poderão ser, assim chamadas? Nesses tempos incertos, as “estruturas” supõem outro nome, mais adequado: conexões. A esse particular, pontifica Bauman (2007, p. 9) que:

A “sociedade” é cada vez mais vista e tratada como uma “rede” em vez de uma “estrutura” (para não falar em uma totalidade sólida): ela é percebida e encarada como uma matriz de conexões e desconexões aleatórias e de um volume essencialmente infinito de permutações possíveis.

A globalização, encorajado pela ideologia neoliberal, proporciona mudanças significativas na sociedade, exigindo modificações, flexibilizações diante da fluidez, liquidez, contrárias à solidez e engessamento das estruturantes das sociedades antigas (SOUZA; COELHO, 2013). A tecnologia da velocidade redistribuiu a soberania, o poder e a liberdade, em verdadeiro “processo de reestratificação mundial, no qual se constrói uma nova hierarquia sociocultural em escala planetária.” (BAUMAN, 1999, p. 67).

Em análise acerca das perspectivas globalizantes, Santos (2001) propõe a existência de três mundos num só. O primeiro seria o mundo tal como fazem vê-lo: a globalização como uma fábula. Essa concepção propõe o surgimento de uma “aldeia global”, em que todas as pessoas possuem acesso à informação. As distâncias não mais existiriam, pois o mundo está ao alcance das mãos. Fala-se, até mesmo, na morte do Estado. O segundo seria o mundo tal como ele é: a globalização como perversidade. “O desemprego crescente torna-se crônico. A pobreza aumenta e as classes médias perdem em qualidade de vida. O salário médio tende a baixar. A fome e o desabrigo se generalizam em todos os continentes.” (SANTOS, 2001, p. 19). Por fim, o terceiro seria o mundo como ele pode ser, isto é, uma outra globalização, imbuída de discursos que reconheçam a emergência de se construir uma nova história.

Após a Segunda Guerra Mundial, o entrelaçamento das economias em âmbito global

se tornou latente. Decerto que as relações econômicas capitalistas não se contentariam com o dinheiro que produziam. Seria necessária a extensão do poder econômico para além das fronteiras financeiras, isto é, para as relações culturais, políticas e, sobretudo, sociais. A esse respeito, anota Cavalcanti (2008, p. 107) que:

O modelo que o capitalismo imprimiu no mundo atual colocou como exigência a mundialização das finanças, do capital e dos mercados, a adaptação aos processos tecnológicos, a desregulamentação da economia, e as privatizações de setores inteiros. Tais exigências fazem com que os indivíduos trabalhem na perspectiva de se tornarem mais fortes e melhores, substituindo o princípio de cooperação entre eles ou entre grupos sociais pelo princípio da competição, o que tende a aguçar as contradições sociais e os conflitos internacionais em um ambiente que se caracteriza pela guerra econômica entre as empresas, nações e blocos econômicos.

Conforme aduz Roesler (2014, p. 44), “a acirrada competitividade internacional diante da grande oferta de produtos disponíveis no mercado globalizado força uma redução de salários dos trabalhadores e a precarização do trabalho em escala mundial.”. Esses fenômenos conduzem à proclamação do fim da soberania e do Estado, caracterizando, assim, o regime neoliberal. Nesse sentido, ao passo em que ocorre a dinamização do mercado global, o avanço tecnológico e científico, a criação de “necessidades”, a revolução comunicativa, a substituição do homem pela máquina, dentre outros fatores, aumenta-se a desintegração social.

A esse horizonte, Bauman (2007, p. 13) elucida que a “globalização negativa, ou seja, uma globalização seletiva do comércio e do capital, da vigilância e da informação, da violência e das armas, do crime e do terrorismo [...] é uma sociedade aberta aos golpes do destino.”. O ritmo é de desregulamentação econômica e de substituição da solidariedade social pela autorresponsabilidade individual (BAUMAN, 2007).

Vislumbra-se, assim, a precarização e o contingenciamento do valor social atribuído ao trabalho. As contratações a termo se tornaram a

regra, fomentando o desemprego estrutural. As normas de convivência do casamento entre capital e trabalho estão postas em pauta, e a flexibilidade se revela como a panaceia de todos os problemas.

O destronamento do passado leva à progressiva libertação da economia neoliberal. Os investimentos especulativos promovem a competitividade através da sistemática transnacional que, em relação simbiótica, desnuda o neodarwinismo social em um mundo financeiramente globalizado (PRADO, 1998). Logo, não é viável frear os retrocessos sociais quando os negócios flutuam para além do especulado nas bolsas de valores.

Nota-se que os efeitos globalizantes em perspectivas neoliberais transformam a vida dos trabalhadores, verdadeiros protagonistas na ampliação do poderio econômico de seus empregadores. Todavia, os obreiros ainda são alçados ao papel de coadjuvantes dos seus próprios projetos de vida. É a modernidade líquida e o florescimento de suas ambivalências.

4.3 O Regime Flexibilizante

Em aprofundamentos quanto a corrosão do caráter e as consequências pessoais do trabalho no novo capitalismo, Sennett (2012) esmiúça as origens do regime flexibilizante dos novos tempos. Quanto a origem da palavra “flexibilidade”, pontifica Sennett (2012, p. 53) que:

Seu sentido derivou originalmente da simples observação de que, embora a árvore se dobrasse ao vento, seus galhos sempre voltavam à posição normal. “Flexibilidade” designa essa capacidade de ceder e recuperar-se da árvore, o teste e restauração de sua forma. Em termos ideais, o comportamento humano flexível deve ter a mesma força tênsil: ser adaptável a circunstâncias variáveis, mas não quebrado por elas. A sociedade hoje busca meios de destruir os males da rotina com a criação de instituições mais flexíveis. As práticas de flexibilidade, porém, concentram-se mais nas forças que dobram as pessoas.

As mudanças ocorridas em âmbito global tornaram as estruturas empresárias complexas. São apresentadas, assim, modernas formas de flexibilidade, sem as quais não seria possível a

produção lucrativa e, por consectário, o exercício do poder. Sennett (2012) elenca três elementos principais: reinvenção descontínua das instituições; especialização flexível de produção e concentração de poder sem centralização.

O primeiro consubstancia-se em uma reengenharia das operações, isto é, em redução de empregos para mitigação da rotina burocrática do passado. É preciso fazer mais com menos. Afirmar Viana (2016, f. 159) que “para vender, já não basta produzir. É preciso produzir barato, para que se possa vender barato, e ao mesmo tempo descobrir (ou inventar) novos nichos para as ofertas: hoje uma lanterna que fala, amanhã um rádio que pisca.”. Em estudos acerca do mundo globalizado, sindicaliza Viana (2016, f. 157) que:

Como um animal sempre faminto, o sistema capitalista depende de porções crescentes de alimento. Seu verbo é acumular. Toda empresa quer crescer, dominar o vizinho, controlar o mercado. A concorrência parece buscar o monopólio. Mas os lucros nascem da mais-valia, diferença entre o que se paga para que a força-trabalho se reproduza e o que se ganha com a venda do que ela cria. E essa diferença depende, em boa parte, do controle da mesma força. Isso implica não só reduzir espaços de resistência, como trocar, em grau crescente, o trabalho vivo pelo trabalho morto, ou seja, o homem pela máquina. Essa lógica não impede, entretanto, que de tempos em tempos aflorem contradições adormecidas. Fala-se, então, em crise, e embora, na essência, o sistema continue o mesmo, mudam as suas estratégias de domínio.

A velocidade imprimida pelas máquinas substituiu a necessidade da contratação de muitos trabalhadores. As tarefas rotineiras podem ser executadas por robôs, “que trabalham no calor, no frio, no claro, no escuro, no ar poluído, em locais insalubres, dispensando iluminação, refrigeração e purificadores de ar e atuando nos fins-de-semana com o mesmo entusiasmo dos dias úteis.” (PASTORE, José. O dumping da robótica. In: *O Jornal da Tarde*, 6 abr. 1994, *apud* FARIA, 1995, p. 68).

A lógica microcós mica das empresas se fundamenta na racionalização de seu *modus operandi*, reestruturando sua produtividade. Enquanto “enxuta”, mostra-se qualificada para as

disputas no sistema global do capital. Por outro lado, produz uma sociedade de descartáveis, com a precarização e eliminação de postos de trabalho (ANTUNES, 2005). Nesse sentido, Bauman (2001, p. 202) sindicaliza que não há mais segurança nos empregos, pois a qualquer tempo ocorre “nova rodada de ‘redução de tamanho’, ‘agilização’ e ‘racionalização’, contra mudanças erráticas da demanda do mercado e pressões caprichosas, mas irresistíveis de ‘competitividade’, ‘produtividade’ e ‘eficácia’.”. Assim, conforme preleciona Nogueira (2010), a empresa se torna oscilante tão como os seus produtos. Ecoam-se, pois, os brados do desemprego estrutural.

O segundo elemento proposto por Sennett (2012) merece destaque, pois em uma sociedade de consumo exacerbado é indispensável o fornecimento de produtos variados. Assim, a especialização flexível implica um novo processo produtivo em que “as mutantes demandas do mundo externo determinam a estrutura interna das instituições.” (SENNETT, 2012, p. 60). Aplica-se à alta tecnologia, com programadores capazes de acompanhar as inovações do mercado para que os trabalhadores produzam a “nova necessidade” dos consumidores. O trabalho adquire uma “significação estética”, subvertendo todo o estuário normativo tuitivo, inerente ao ramo justalabalhista.

De acordo com Faria (1995), a lógica implementada pela especialização flexível exige três níveis simultâneos de trabalhadores, quais sejam: os polivalentes estáveis, dotados de flexibilidade funcional, com direitos trabalhistas assegurados; os periféricos de baixa qualificação, contratados e demitidos à conveniência da empresa, representantes da famigerada “flexibilização numérica”; e os “externos”, aqueles eventuais ou temporários, contratados por tarefas, em que a firma trata como se invisíveis fossem, pois não lhe atribuem maiores obrigações jurídicas.

Por fim, o terceiro elemento do regime flexibilizante consubstancia-se na concentração de poder sem sua centralização. Ensina Sennett (2012) que os novos sistemas de informações proporcionam aos administradores controles descentralizados, de maneira que “deixa a indivíduos em qualquer parte da rede pouco espaço para esconder-se.”. A dominação passa a ser forte e informe.

Nesse ínterim, pontifica Viana (1999, p. 161-162):

Por outro lado, se é verdade que a empresa enxuta exige de cada empregado um certo espírito de iniciativa e vai suprimindo, em progressão crescente, vários níveis hierárquicos, não menos certo é que o próprio modo de produzir acentua a taxa de dominação. [...] a visibilidade deve ser perfeita, como num tubo de cristal. Ao mesmo tempo, procura-se fazer com que o trabalhador se tome censor dos colegas e até de si próprio – utilizando-se de várias estratégias, como o salário-produção, os prêmios, os encontros de fins de semana, a assistência psicológica, os apelos emocionais. E também nesse sentido, de envolver o homem inteiro – músculos, cérebro, coração – que a qualidade deve ser total.

Em síntese, os elementos do regime flexibilizante (reinvenção descontínua das instituições; especialização flexível; concentração sem centralização) implicam na corrosão do valor pessoal e social atribuído ao trabalho. As limitações deste tempo da flexibilidade geram desordem e conduzem a uma “liberdade enganosa” (SENNETT, 2012). Nesse passo, conforme sublinha Bauman (2001, p. 204), “a política de ‘precarização’ conduzida pelos operadores dos mercados de trabalho acaba sendo apoiada e reforçada pelas políticas de vida, sejam elas adotadas deliberadamente ou apenas por falta de alternativas.”. O resultado é a decomposição dos laços humanos oriundos das relações de trabalho. Nesse toar, afirma Bauman (2001, p. 175) que:

Despido de seus adereços escatológicos e arrancado de suas raízes metafísicas, o trabalho perdeu a centralidade que se lhe atribuía na galáxia dos valores dominantes na era da modernidade sólida e do capitalismo pesado. O trabalho não pode mais oferecer o eixo seguro em torno do qual envolver e fixar autodefinições, identidades e projetos de vida. Nem pode ser concebido com facilidade como fundamento ético da sociedade, ou como eixo ético da vida individual.

Nessa linha de intelecção, Nogueira (2010, p. 9.067) assevera que “os contratos temporários ganharam força com as exigências transitórias do mercado de grande circulação de mercadorias descartáveis. Frente a produtos descartáveis, mão

de obra também descartável.”. No próximo tópico, serão demonstradas as consequências jurídicas decorrentes das mudanças perpétuas da flexibilização das relações juslaborativas.

4.4 Flexibilização das Normas

Justrabalhistas: Propósitos Declarados e Ocultos

A precarização e contingenciamento do valor atribuído ao trabalho na sociedade contemporânea fortaleceram a flexibilização desenfreada das normas trabalhistas, o que promove os contratos a termo, a prazo determinado. No entanto, essa ideologia não condiz com a função não-eventual e protetiva do direito do trabalho.

Conforme anota Sennett (2012, p. 10), “hoje se usa a flexibilidade como outra maneira de levantar a maldição da opressão do capitalismo.”. Deste modo, são atacadas as formas rígidas de burocracia para que a atividade laborativa seja mais ágil, aberta a transformações a curto prazo, apta à riscos contínuos, cada vez menos dependente de leis e procedimentos formais (SENETT, 2012).

Preleciona Faria (1995, p. 55) “que é por esse motivo que as decisões vinculadas do direito positivo já não penetrariam mais de maneira imediata, automática e plenamente eficaz na essência do sistema econômico.”. A racionalidade material do sistema capitalista revela-se incompatível com a racionalidade lógico formal do direito (FARIA, 1995). Logo, com normas jurídicas rígidas, não há que se falar em adequação, quicá eficiência para com a fenomenologia do mercado mundial.

Nessa busca por aperfeiçoamento, argumentam os neoliberais que as legislações protetivas aos trabalhadores devem se amoldar às novas realidades das sociedades ocidentais industrializadas, e por isso, devem ser reduzidas as “excessivas” garantias sociais para aumento dos postos de emprego. Em meio a diversas formas de flexibilizar, consequências nefastas já se enraizaram na legislação trabalhista brasileira. Gizam-se as seguintes: criação do contrato provisório para estímulo a novos empregos – Lei 9.601/98; ampliação das hipóteses de terceirização pela Jurisprudência, com relativização de subordinação – Súmula n.º 331 do TST; suspensão

do contrato de trabalho para realização de curso – art. 476-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT); redução das hipóteses de salário utilidade – art. 458, § 2.º da CLT; redução de percentual do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) para os aprendizes e exclusão das hipóteses previstas nos arts. 479 e 480 da CLT; dentre várias outras.

A perspectiva era que essas adaptações ao mercado restabelecessem o pleno emprego, com desenvolvimento social *pari passu* com à livre iniciativa de mercado. Resultado: dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE; CAOLI, 2016) informam que o desemprego no Brasil ficou em 10,2% no trimestre apurado em fevereiro de 2016. Esse é o maior índice desde 2012. Pela primeira vez, a taxa da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (Pnad Contínua) atingiu dois dígitos. A população desocupada somou 10,4 milhões de pessoas. Esse indicador mostrou vertiginoso crescimento, principalmente na comparação com o mesmo período de 2015, quando o contingente subiu 40%. Como se vê, os números anunciam a ineficiência da política de precarização do trabalho, pois a desocupação alcança patamares inimagináveis.

Diante de todo o exposto, uma pergunta insiste em aflorar à superfície: nestes tempos líquidos, em que a mudança perpétua é o único aspecto permanente das relações trabalhistas, como flexibilizar e garantir os direitos trabalhistas conquistados durante séculos?

4.5 A Flexissegurança à Brasileira

A palavra “flexibilidade” é grito de ordem, pelo que sua aplicação deve prestigiar os efeitos menos danosos aos trabalhadores. Dentre as modalidades de flexibilização das relações trabalhistas, a chamada “flexissegurança” concilia as variantes do mercado à segurança dos trabalhadores contra o desemprego. Assevera Dallegrave Neto (2007) que a flexissegurança seria uma combinação de flexibilidade com segurança. Noutros termos, é uma espécie de terceira via entre a desregulamentação oriunda do modelo neoliberal, de um lado, e a segurança do emprego conquistada através da constitucionalização dos direitos sociais, de outro.

Pioneiramente versada em países como Dinamarca, Holanda e Suécia, a flexissegurança preconiza um robusto seguro-desemprego (*trade-off*) mesclado a uma política de reintegração de trabalho (*outplacement*). Segundo Cassar (2010), trata-se de uma relação triangular: mercado flexível pela desregulamentação das regras trabalhistas; sistemas de indenização generosos e proporcionados por um Estado social; política de ativação do mercado de trabalho, com oferta de cursos de qualificação e métodos de motivação à procura de novo emprego.

Contudo, em que pese as pretensões auspiciosas da flexissegurança como panaceia para a crise do desemprego, há autores que acreditam que o modelo “é mais do mesmo” problema, e sua aplicação no Brasil deve ser vista com parcimônia. Martins (2009, p. 20) leciona que a flexissegurança é eficiente na Dinamarca, pois “o sistema é diferente, diz respeito a um país pequeno, com baixo índice de pobreza e grau elevado de educação da população.”. Ramalho (2009, p. 40) pontifica que “flexissegurança não é a segurança no emprego, mas, essencialmente, a segurança no desemprego dos trabalhadores.”.

O direito do trabalho deve sobrelevar seus princípios protetivos no intuito de valorar os anseios da coletividade, evitando a precarização e fragmentação das relações de emprego. A partir da conjugação das novas exigências do mercado à luz da principiologia trabalhista, será possível vislumbrar o equilíbrio indispensável entre a flexibilidade, a proteção e a indisponibilidade dos direitos justralhistas. Assim, o regime flexibilizante das normas não pode desvirtuar o caráter protetivo do Direito do Trabalho, pois é fundamental o caráter de permanência das relações trabalhistas, deixando como exceções as contratações temporárias, que possuem a insegurança como maior característica.

Os intentos da flexissegurança tratada nos países europeus deve ser parâmetro quanto a seguridade existente em seu bojo. Todavia, não se vislumbram melhoras com a maior rotatividade do empregado ao longo da vida. O Estado deve primar em combater o desemprego crescente, com o resgate do valor social atribuído ao trabalho. Para tanto, salutar uma organização tributária com fincas no aquecimento da economia, isto é, com redução de cargas expressivas de tributos, com o

contingenciamento de altos salários dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, associado ao aumento da qualidade dos empregos, da distribuição equitativa de renda, de investimentos em universidades que desenvolvam tecnologia avançada e da especialização dos trabalhadores.

Nesse sentido, a hipótese de uma “flexissegurança” deve se amoldar às características do Brasil, em uma espécie de tratamento médico, com diagnósticos precisos e remédios econômicos eficazes. Dessa forma, é possível preservar a saúde das empresas e dos contratos de trabalho, traçando prognósticos prósperos para a sociedade em que a vida está sendo escrita.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É cediço que as condições de trabalho refletem diretamente no projeto de vida dos trabalhadores, bem como na regulamentação de suas relações com a complexa fenomenologia dos mercados globais. Na formação do pensamento jurídico-científico há que se levar em conta as regras de todos os gêneros, dentre eles, o sociológico. Oportunas, assim, as releituras do contexto social do trabalho esquadrihadas pelo humanista Zigmunt Bauman, quanto à Modernidade Líquida, epicentro da presente pesquisa.

Em meio a um capitalismo “selvagem”, deve-se buscar a compreensão das constantes mudanças legislativas, apontar críticas e posicionar-se em defesa dos princípios norteadores do Estado Social, pois as necessidades das grandes multinacionais estão prevalecendo sobre os direitos dos trabalhadores, pelo que é indubitável maiores esclarecimentos dos fenômenos econômicos que estão diminuindo o valor social do trabalho.

Ao adentrar nas vicissitudes do mercado capitalista, na perspectiva sociológica de uma Modernidade Líquida, os operadores do Direito se libertarão da camisa de força invisível que os abraça, tornando-se críticos das mazelas do sistema econômico atual, que aumenta o desemprego, reduz o valor da mão de obra, prospera a desigualdade e multiplica a riqueza de poucos homens, detentores do domínio político global. É com a força desse sentimento que a

pesquisa procurou desvelar o quanto necessário é a introdução aos pensamentos do humanista Zigmunt Bauman, raciocinando a partir de sua denúncia de tempos líquidos, de consumismo exacerbado, de liquidez das relações de emprego e, sobretudo, da individualização, fatores que acarretam na perda de chances de se construir um projeto de vida digno e estável.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo L. *O caracol e sua concha: ensaios sobre a nova morfologia do trabalho*. São Paulo: Boitempo, 2005.

ARENDT, Hanna. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. *A sociedade individualizada*. Tradução de José Gradel. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. *Capitalismo parasitário*. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. *Legisladores e intérpretes*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. *Tempos líquidos*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Princípios trabalhistas, novas profissões, globalização da economia e flexibilização das normas trabalhistas*. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

CASTEL, Robert. *As metamorfoses da questão*

social: uma crônica do salário. Tradução de Iraci D. Poleti. Petrópolis, RJ: Vozes, 1998.

CAVALCANTI, Lygia Maria de Godoy Batista. *A flexibilização do direito do trabalho no Brasil: desregulação ou regulação anética do mercado?* São Paulo: LTr., 2008.

CURY, Anay; CAOLI, Cristiane. Desemprego fica em 10,2% e é o maior da série da Pnad, do IBGE. Globo.com, Economia, Rio de Janeiro, 20 abr. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2016/04/desemprego-fica-em-102-no-trimestre-encerrado-em-fevereiro.html>>.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Flexissegurança nas relações de trabalho. Disponível em: <http://www.calvo.pro.br/media/file/colaboradores/jose_affonso_dallegrave_neto/jose_dallegrave_neto_flexisseguranca.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2016.

DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo: comentários sobre a sociedade do espetáculo*. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997. 4.^a reimpressão.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr., 2012.

FARIA, José Eduardo. *Os novos desafios da justiça do trabalho*. São Paulo: LTr., 1995.

FINCATO, Denise Pires; NASCIMENTO, Carlota Bertoli. Teletrabalho e direitos fundamentais sociais: entre a modernidade sólida e a pós-modernidade líquida. In: *Revista Direitos Fundamentais e Justiça*, ano 7, n. 24, p. 196-215, jul.-set. 2013.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GRILLO, Guilherme Levien. *O conteúdo jurídico do valor social do trabalho na*

Constituição Federal de 1988. 2012. 152 f. Dissertação (Mestrado em Relações Sociais e Novos Direitos)–Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012.

HELLER, Agnes. *A crise dos paradigmas sociais e os desafios para o século XXI*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.

HOBSBAWM, Eric. *Ecos da marsehesa: dois séculos revêem a revolução francesa*. Tradução de Maria Celia Paoli. São Paulo: Cia. das Letras, 1996.

HOBSBAWM, Eric. *Os trabalhadores: estudos sobre a história do operariado*. Tradução de Marina Leão Teixeira Viriato de Medeiros. 5. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2015.

LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. Tradução de Ricardo Corrêa Barbosa. 16. ed. Rio de Janeiro: J. Olympio, 2015.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Flexibilização das condições de trabalho*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NOGUEIRA, Lilian Katiusca Melo. As interfaces da flexibilização trabalhista à brasileira. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, XIX., Fortaleza, 9, 10, 11 e 12 jun. 2010. Anais... Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3945.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2015.

PINTO, José Augusto Rodrigues. O trabalho como valor. *Revista LTr.*, São Paulo, Ed. LTr., v. 12, n. 64, 2000.

PRADO, Maria Noemi Gonçalves do. Na era das incertezas: perspectivas do diálogo dos fragmentos no resgate da integração – comunicação e educação. Disponível em: <<http://www.usp.br/nce/wcp/arq/textos/22.pdf>>. Acesso em: 5 abr. 2016.

RAMALHO, Maria do Rosário

Palma. Modernizar o direito do trabalho para o século XXI: notas breves sobre o livro verde da Comissão Europeia, de 22 de novembro de 2006, e sobre os desafios da flexisegurança. In: NAHAS, Thereza Christina. *Princípios de direito e processo do trabalho: questões atuais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

ROSLER, Átila da Rold. *Crise econômica, flexibilização e o valor social do trabalho*. São Paulo: LTr., 2014.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SENNETT, Richard. *A corrosão do caráter: as consequências pessoais do trabalho no novo capitalismo*. Tradução de Marcos Santarrita. 17. ed. Rio de Janeiro: Record, 2012.

SOUZA, Claudete de; COELHO, Valdirene Bonatto Mendonça. Beligerância contemporânea: princípios constitucionais, direitos fundamentais e estado democrático de direito X modernidade líquida e a ameaçadora flexibilização principiológica. In: *Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito da Universidade Metodista de São Paulo*, São Paulo, v. 10, n. 10, 2013.

VIANA, Márcio Túlio. A proteção social do trabalhador no mundo globalizado: o direito do trabalho no limiar do século XXI. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/1145/1078>>. Acesso em: 21 jul. 2016.

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://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/abrebanner.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12541&revista_caderno=25>. Acesso em: 21 out. 2015.

A OBRIGAÇÃO DA CONVIVÊNCIA PATERNO-FILIAL

Marlaine do Carmo Silva Martins¹

RESUMO

O dever de cuidado com os filhos é o dever jurídico ou apenas um dever decorrente do afeto? O significado de *cuidado* no ordenamento jurídico brasileiro tem alterado alguns paradigmas, inclusive sociais. Na atualidade, o conceito tem abarcado o próprio afeto, proteção dos genitores, que são indispensáveis para o desenvolvimento da prole, e o descumprimento desse dever tem resultado na aplicação de sanções aos genitores, até mesmo, na perda do poder familiar. Diante disso, o presente estudo objetiva delinear o valor jurídico do cuidado e as consequências jurídicas do descumprimento desse dever, mediante pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, pretende demonstrar a convivência como um dever dos pais em relação aos filhos.

Palavras-chave: Dever de Cuidado. Abandono Afetivo. Danos Morais

THE OBLIGATION COEXISTENCE OF PARENTAL-BRANCH

ABSTRACT

The duty of care with the children is the legal duty, or just a duty from the affection? The meaning of *care* in the Brazilian legal system has changed some paradigms, including social. Today, the concept has embraced the affection itself, protection of parents, which are indispensable for the development of the offspring, and the breach of that duty has resulted in the application of sanctions to parents, even the loss of family power. Therefore this study aims to outline the legal status

of care and the legal consequences of the breach of this duty by bibliographic and jurisprudential research, aims to demonstrate the coexistence as a duty of parents to their children.

Keywords : Duty of Care. Abandonment Affective. Moral damages.

1 INTRODUÇÃO

Quanto à formação e organização da civilização, o homem buscou proteger seu núcleo familiar, no modelo patriarcal, regulando a família com plena autoridade, além de lhe ofertar alimentos, proteção e cuidado.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 incorporou o dever de cuidado como valor jurídico, tendo como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, os pais têm de estabelecer convívio familiar com os filhos, promovendo o desenvolvimento deles com responsabilidade, além das obrigações materiais, como alimentação, vestimenta, educação e outras necessidades próprias e compatíveis com a idade.

Apesar de as relações familiares conterem alto grau de subjetividade, a jurisprudência vem traçando novos rumos para aqueles que descumprirem para com as obrigações inerentes à sua condição de genitor, e assegurados constitucionalmente aos filhos.

Com amparo nos princípios da paternidade responsável, afetividade e levando em consideração que os laços devem ser cultivados em prol do desenvolvimento físico, psíquico e mental das crianças e adolescentes, esse

¹ Acadêmica do Sétimo Período do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho.

descumprimento do dever pode abalar o pleno desenvolvimento dos filhos, além de ser passível à fixação de indenização pelo abandono afetivo e conduta irresponsável.

O presente trabalho objetiva delinear o valor jurídico do dever de cuidado, e as consequências jurídicas da ruptura desse dever mediante pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, pretende demonstrar a convivência como um dever dos pais em relação aos filhos, desenvolvido em três itens.

O primeiro item é dedicado ao dever de cuidado e ao princípio da paternidade responsável. O segundo, cuida da importância da convivência familiar para que se estabeleçam os vínculos afetivos e sua respectiva consequência para aqueles que se encontram em plena fase de desenvolvimento. E o terceiro, aborda o princípio da afetividade e as sanções jurídicas dele decorrentes.

2 DEVER DE CUIDADO E PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL

No Direito brasileiro, há inúmeros princípios que consagram as relações familiares. Um deles é o princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, reconhecido como direito fundamental.

A proteção concedida aos menores é consequência de sua peculiar fase de desenvolvimento físico e psicológico, não prescinde de tratamento especial, por isso são reconhecidos como sujeitos de direitos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90, conforme sua base normativa e principiológica, resguarda ao menor o direito de que seus genitores atuem de forma responsável em seu cuidado. É cediço que o poder familiar tem como titular do interesse o filho e é o genitor o titular do dever (DIAS, 2013).

Desse modo, direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária é um dever dos pais para com os filhos, como dispõe o artigo 227 da Constituição

da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88). Esse é o mesmo raciocínio da redação do artigo 229, da mesma Constituição, *in verbis* “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”.

Ademais, o Estatuto da Criança e Adolescente acrescenta o dever de cuidado como direito fundamental que assegura a dignidade para o desenvolvimento saudável, tanto físico quanto psicológico, *ipsis litteris*:

Art. 3.º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

No entendimento de Diniz (2013, p. 1.162), o dever dos pais descritos no artigo 1.634, incisos I e II, do Código Civil brasileiro de 2002 (CCB/02) vai além da subsistência dos filhos; incluem o dever de colaborar na formação de sua personalidade. Segundo a autora,

os pais deverão dirigir a criação e educação dos filhos menores, proporcionando-lhes meios para a subsistência e instrução, de acordo com suas posses econômicas e condição social, **amoldando sua personalidade e dando-lhes formal moral e intelectual [...]** os pais têm o poder-dever de ter os filhos menores em sua companhia e guarda para poder dirigir-lhes a formação, regendo seu comportamento, vigiando-os, uma vez que são civilmente responsáveis pelos atos lesivos por eles praticados (DINIZ, 2013, p. 1.162).

Vê-se que o que visa a autora em destaque é chamar a atenção para o dever dos pais para com os filhos, no sentido de que este dever vai além do tom material. Demonstra que o aspecto relevante é a importância de estabelecer condições favoráveis para o desenvolvimento da formação moral e intelectual dos filhos, assim como

condições para melhor adaptação social no futuro com intenção de preservá-los, já que se encontra em estado de fragilidade.

Assevera-se, ainda, que os mencionados direitos fundamentais sejam assegurados com prioridade absoluta, e não poderão sofrer qualquer forma de negligência, mesmo que por ação ou omissão, conforme previsão expressa nos arts. 4.º e 5.º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

No que se refere ao dever de companhia descrito no art. 1.589, CCB/02 tem por finalidade estabelecer vínculos entre pais e filhos, como se observa no ensinamento de Camargo Neto (2011, p. 23):

Pressupõe, assim, que haja convivência entre ambos, para que, conforme o caso, o vínculo se estabeleça ou se consolide, gradativamente, e que a criança ou o adolescente possa receber o afeto, a atenção, a vigilância e a influência daquele ou daquela que não detém sua guarda, de modo a alcançar a plena higidez física, **mental, emocional e espiritual, que, como se sabe, depende, entre outros fatores, do contato e da comunicação recíproca e permanente com seus dois progenitores.**

Destaca-se que o poder familiar decorre do poder-dever, do cumprimento das obrigações materiais e morais para com os filhos, preparando-lhes para o convívio social e familiar, não admitindo a omissão e qualquer forma de negligência.

O artigo 7.º da Convenção dos Direitos da Criança, Decreto 99.710/90, dispõe que “a criança será registrada imediatamente após seu nascimento e terá direito, desde o momento em que nasce, a um nome, a uma nacionalidade e, **na medida do possível, a conhecer seus pais e a ser cuidada por eles.**”. Corroborando, ainda, há o teor do artigo 22 do ECA ao prever que os pais têm por obrigação o sustento, guarda e educação dos filhos, bem como o cumprimento de outras obrigações a eles estabelecidas.

As crianças e adolescentes, protegidas pelas normas descritas no ECA e com amparo no princípio da paternidade responsável, implícito no

art. 226, § 7.º da CRFB/88, tem por objetivo que os genitores os guiem de forma responsável para que cresçam sendo sujeitos da própria vida.

A concepção jurídica é de que os genitores tenham responsabilidade ao exercer seus deveres como pais e façam iniciar uma relação de laços biológicos ou afetivos. Os pais devem propiciar elementos para que os filhos cresçam de forma saudável e desenvolvam sua personalidade, na forma mais íntima do afeto.

3 CONVIVÊNCIA FAMILIAR: DIREITO OU DEVER?

Inicialmente cumpre esclarecer que o ser humano, na maioria das vezes, nasce inserido no seio de uma família, na qual inicia o desenvolvimento da convivência comunitária em busca de realização, da felicidade. Atualmente, a família assume “estrutura psíquica e que possibilita ao ser humano estabelecer-se como sujeito e desenvolver relações na polis.” (PEREIRA, 1997, p. 35).

Assim, a família é compreendida não mais com uma visão econômica, mas com o sentido de solidariedade e afetividade com o intuito de promover o desenvolvimento de seus membros (FARIAS; ROSENVALD, 2014).

Paralelo a isso, reconhece-se que a garantia da convivência familiar, que tem por intuito o fortalecimento dos vínculos na família natural, devendo ser construída no afeto. Dias (2013, p. 73) enfatiza que “os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar.”. Assim, o direito de convivência é assegurado entre pais e filhos, de manter contato com o qual não convive diariamente, com o fim de reforçar os vínculos paterno-filial. Trata-se de direito da personalidade, necessidade de cultivar o afeto (DIAS, 2013).

Enfatiza ainda a autora que o direito e dever de convivência deve ser respeitado inclusive na guarda unilateral, apesar de a guarda compartilhada ser a regra. O consenso entre os genitores é fundamental para propiciar ao filho: afeto e valores decorrentes da convivência com ambos os genitores.

Na visão de Farias e Rosenvald (2014, p. 148), a função social das famílias é a sua integração social e boa convivência, além da dignificação de seus membros através de laços de afetividade, dignidade de todos.

Para Dias (2013), a convivência entre pais e filhos não é somente um direito, mas um dever do genitor. E, complementa:

O conceito atual de família, centrado no afeto como elemento agregador, exige dos pais o dever de criar e educar os filhos sem lhes omitir o carinho necessário para a formação plena de sua personalidade. A grande evolução das ciências que estudam o psiquismo humano veio a escancarar a decisiva influência do contexto familiar para o desenvolvimento sadio de pessoas em formação (DIAS, 2013, p. 469).

O sentimento de dor e de abandono é capaz de deixar sequelas permanentes na vida dos indivíduos, sejam elas psicológicas ou emocionais, merecedoras de reparação. Desse modo, haverá o reconhecimento da obrigação indenizatória pela falta da convivência e apoio necessário a sua formação, já que a perda do poder familiar, não basta, e, às vezes, privilegia o genitor negligente.

A guarda, disciplinada no artigo 1.566, inciso IV, do Código Civil brasileiro de 2002, é um instituto-atributo do poder familiar hábil a gerar vínculo entre as pessoas envolvidas, no caso a família. Os pais têm o dever de manter consigo a criança para o seu devido cuidado. Além do mais, a guarda dos menores é a regularização da convivência de fato, logo, contribui para reforçar os vínculos existentes ou criar laços para aqueles que ainda não os tem.

Além da guarda, verifica-se a imposição de visitas ao genitor não detentor da guarda unilateral para que não perca a convivência com o filho e possa auxiliar no seu saudável desenvolvimento, seja físico ou emocional. O bem-estar e a proteção das crianças devem ser protegidos conjuntamente, através do convívio, razão pela qual traz segurança e conforto para os filhos.

A habitualidade da visitação do genitor que não tem a guarda do menor deve ser organizada pra não causar prejuízo à rotina familiar. O genitor tem o direito-dever à convivência independente

de ser diária. Daí a necessidade da concordância de ambos os pais para garantir o convívio com o menor, quando separados. O que se busca é o interesse essencial da prole, já que é um direito garantido pela legislação, no artigo art. 1.632 do Código Civil (DIAS, 2013).

Maior atenção deve ser concedida aos menores de dezoito anos, atentando para as necessidades pessoais a fim de assegurar pleno desenvolvimento. Quando há falha no procedimento de um dos genitores na criação e oferta de condições para o desenvolvimento dos filhos, pode ocorrer indenização. Tem a indenização mais efeito de sanção quanto ao genitor omissor do que função compensatória.

No Direito de Família, vem ocorrendo verdadeira e sensível mudança de paradigma, conforme entendimento jurisprudencial a partir do entendimento firmado pela Ministra Nancy Andrighi, o qual impôs indenização pelo abandono do pai em relação ao filho.

Na palestra proferida pelo o Promotor de Justiça Jaques Souto Ferreira, no dia 13 de janeiro de 2016, na Clínica Terapêutica Quintino, aonde é realizado tratamento contra drogas, álcool e de psiquiatria na cidade de Patos de Minas-MG, Comarca em que atua na Vara da Infância e Juventude, constatou-se que o perfil dos menores infratores nessa Comarca é de 90% (noventa por cento) dos adolescentes e, incide sobre os jovens que não usufruem de estrutura familiar adequada para seu desenvolvimento.

O perfil comum entre os adolescentes é do sentimento de carência pela falta da devida atenção e afeto dos pais. Logo, sentem-se rejeitados e, conseqüentemente, têm comportamento contrário ao que determina a lei. Ressalta que pessoas sensíveis são as mais propensas a sofrer com a rejeição, motivo pelo qual são instigadas a entrar na criminalidade.

4 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE E SANÇÕES DELE DECORRENTES

Convém mencionar o princípio da afetividade como princípio assegurador do afeto tanto pelos cidadãos quanto pelo Estado, mesmo

não constando expressamente no texto Constitucional. Este princípio traz a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos, assim como o direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança, adolescente e jovens (DIAS, 2013).

Discorre a autora que a posse do estado de filho nada mais é que do que o reconhecimento jurídico do afeto, com o claro objetivo de garantir a felicidade, como um direito a ser alçando. A afetividade é a nova vertente para explicar as relações familiares atuais, sendo-lhe atribuído valor jurídico.

O princípio da afetividade se insere no contexto do amor, propulsor de todas as relações familiares, moldada pelo afeto. “Se o pai não alimenta, não dá amor, é previsível a deformação da prole.” (SÃO PAULO, TJSP, 2008). Acrescenta, ao argumento, que “o afastamento, o desamparo com reflexos na constituição de abalo psíquico, é que merecem ser ressarcidos, diante do surgimento de nexos de causalidade” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013).

No Direito de Família, o objeto não é à vontade, como nos demais ramos do Direito Privado e sim o afeto, o amor é uma via de mão dupla na qual os dois sujeitos da relação são responsáveis pelos seus atos e suas escolhas (DIAS, 2013).

Ausências propositadas na vida dos filhos têm repercussões e consequências psíquicas sérias. Não se pode exigir amor, entretanto, os pais devem agir com compromisso e responsabilidade, evitando-se atitudes de negligência, independentemente se o filho tenha sido planejado ou não.

A sanção para os deveres de pais ou responsáveis pela criança e adolescente é a destituição do poder familiar, conforme previsão do artigo 1.638 do CCB/02. Ocorre que para aquele que não quer ser pai, a referida sanção se torna um prêmio. O que se busca é o melhor interesse da criança.

Além do mais, quanto à previsão expressa dos artigos 186 e 927, CCB/02, todo aquele que cometer ato ilícito por omissão ou negligência tem a obrigação de reparar.

Novo paradigma vem sendo formado no Direito de Família com a decisão da Ministra Nancy Andrighi que afirma que não há impedimento legal dentro do Direito que impeça a aplicação da responsabilidade civil. Nesta esteira, foi julgado procedente pela Ministra os danos morais decorrentes do abandono afetivo pela falta do dever de cuidado, afastou a possibilidade de o pátrio poder suprimir ou afastar a indenização.

No entendimento da Ministra não se discute amar e, sim o dever jurídico de cuidar. “Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever.”. O amor foge aos liames jurídicos, mas o cuidado tem elementos objetivos que o distingue e possibilita sua verificação e comprovação.

É impossível impor que os pais amem seus filhos, porém o abandono afetivo é um critério objetivo. Desse modo, o descumprimento do dever de educar e conviver são merecedores de tutela com os devidos cuidados por parte do Poder Judiciário, para não contribuir com a industrialização dos danos morais.

Assim, a indenização pela falta de convívio é cabível, tendo o condão de papel pedagógico nas relações familiares. O afeto tem um preço bem maior no novo entendimento conceitual familiar, “se os pais não conseguem dimensionar a necessidade de amar e conviver com os filhos que não pediram para nascer, imperioso que a Justiça imponha coactamente essa obrigação.” (DIAS, 2013, p. 472).

Dias (2013, p. 471) diz ainda que:

a lei obriga e responsabiliza os pais no que toca aos cuidados com os filhos. A ausência desses cuidados, o abandono moral, viola a integridade psicofísica dos filhos, bem como o princípio da solidariedade familiar. Valores protegidos constitucionalmente. Esse tipo de violação configura dano moral. E quem causa dano é obrigado indenizar.

A tutela deste dever merece o referido amparo legal, já que a falta do vínculo entre pais e filhos pode trazer aos infantes prejuízo em seu saudável desenvolvimento além de outras consequências negativas para toda a vida.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nota-se que os menores na fase de desenvolvimento necessitam de cuidados especiais. O Estado tem o dever de normatizar e promover meios para que os princípios jurídicos inerentes à proteção das crianças e adolescentes tenham efetividade.

Os pais têm o dever de prover e amparar aos filhos de forma material e moral e intelectual promovendo sua dignidade, conforme explicitado nos vários artigos do arcabouço jurídico que asseguram aos menores a plena e absoluta prioridade. A convivência entre os membros da família é para estreitar os vínculos sociais e familiares, além de ser um direito das crianças. A base normativa não permite que sejam tratados, em hipótese nenhuma, de forma omissa e negligente. Desse modo, o dever de cuidado entre pais e filhos tem como finalidade fortalecer os vínculos de afeto e colaborar para que se estabeleçam como sujeitos de direito.

Assim, é imperioso o cuidado dos genitores com a prole. O descumprimento das obrigações a eles impostas pode acarretar o reconhecimento pelo Poder Judiciário da prática do ato ilícito e gera consequente reparação através da imposição da necessária indenização.

Verifica-se da análise da decisão da Ministra Nancy Andrighi que o ser humano necessita bem mais que meios materiais sua manutenção básica para o pleno desenvolvimento. Necessita, ainda, de elementos imateriais. O que se resguarda é o dever de cuidado. O direito de amar é uma faculdade.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. Decreto 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 22 nov. 1990.

BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Retificado no *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 27 set. 1990.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 fev. 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º 1.159.242/SP. 3.ª Turma. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgamento: 24 abr. 2012. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 10 maio 2012.

CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida. A responsabilidade civil por dano afetivo. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida (Coord.). *Grandes temas de direito de família e das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito de família*. 9. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. v. 6. Salvador: Juspodivm, 2014.

FERREIRA, Jaques Souto. A importância da atenção e afeto do pai para os filhos. *MPMG Jurídico*, Belo Horizonte, Ed. Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, ano II, n. 6, jul.-ago.-set. 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*:

direito de família: as famílias em perspectiva constitucional. v. 6. 15. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

HAPNER, Adriana Antunes Maciel Aranha et al. O princípio da prevalência da família: a permanência do cuidar. In: OLIVEIRA, Guilherme de; PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *O cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. Belo

Horizonte: Del Rey, 1997.

PIRES, Thiago José Teixeira. Princípio da paternidade responsável. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3.586, 26 abr. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24305>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação 552.574-4/4-00. 8.^a Câmara de Direito Privado. Relator Des. Caetano Lagrasta. *Diário Oficial [do] do Estado de São Paulo*, Diário da Justiça, 17 maio 2008.

O CONSTITUCIONALISMO NO BRASIL E A SEPARAÇÃO DOS PODERES

Ricardo Oliveira Martins¹
Thais Carolina Sousa Guedes²

RESUMO

O presente artigo objetiva é estabelecer um panorama histórico do constitucionalismo no Brasil, sob a visão do princípio da separação dos poderes, buscando entender a proeminência do Poder Executivo nas Constituições outorgadas, o uso do pretexto constitucional para legitimar regimes totalitários e a pouca efetividade das constituições democráticas. Foi realizada uma análise crítica da harmonia e independência entre os Poderes ao longo da história constitucional brasileira através de estudos realizados nas Constituições brasileiras, observando, especialmente, as relações entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, no intuito de demonstrar como o modelo tripartite de poder se tornou um dogma constitucional, embora não aplicado em todo o período histórico. Além disso, foi discutido o destaque político e social do Poder Judiciário após a Constituição vigente, bem como os riscos que o ativismo judicial pode causar à harmonia e independência entre os poderes. Também foi debatido se isso poderia afetar o Estado Democrático de Direito e em que medida o controle judicial pode interferir no cenário político.

Palavras-chave: Harmonia e independência entre os poderes. Constituições brasileiras. Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

THE CONSTITUTIONALISM IN BRAZIL AND THE SEPARATION OF POWERS

ABSTRACT

The aim of this article is to establish a historical overview of constitutionalism in Brazil, in the view of the principle of separation of powers, seeking to understand the prominence of executive power in the imposed constitutions, the use of constitutional pretext to legitimize totalitarian regimes and the little effectiveness of democratic constitutions. Was accomplished a critical analysis of harmony and independence between the powers along the Brazilian constitutional history through studies conducted in Brazilian constitutions, noting especially the relationship between the legislative, executive and judicial powers in order to demonstrate how the tripartite model of power it became a dogma constitutional, though not applied to the entire historical period. In addition, discussed the political and social highlight of the judiciary after the current constitution, and the risks that judicial activism can cause harmony and independence of powers. It was also debated whether this could affect the democratic rule of law and to what extent the judicial control can interfere in the political scenario.

Keywords: Harmony and independence of powers. Brazilian constitutions. Legislative, Executive and Judicial Powers.

¹ Acadêmico do Terceiro Período do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho.

² Acadêmica do Quinto Período do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho. Participante do Programa Especial de Tutoria (PET).

1 INTRODUÇÃO

No decorrer da história, o poder se consubstancia como a forma ordenadora da sociedade e que se reinventa ao longo das eras. Entender a institucionalização do poder como forma de o Estado impor regras para um fim social só reafirma o ideal de que a sociedade necessita ser ordenada por um poder político. Este poder é entendido como superior a todos os outros poderes sociais, mesmo que para isso seja necessário que o povo se submeta a determinadas limitações em nome da ordem e da harmonia do Estado.

A ideia de separação de poderes surge dessa necessidade de ordenação institucional, através da fragmentação do poder político, geralmente em um modelo tripartite, em funções atribuídas ao próprio Estado. Contudo, segundo a ideia de limitação de Montesquieu, o poder deve frear o poder, para que não ocorra a centralização em um deles.

No Brasil, a teoria foi adotada desde a primeira Constituição, datada de 25 de março de 1824, ainda sob o regime imperial. Desde então, tem-se, gradualmente, ampliado a sua abordagem, proporcionando mais autonomia e independência para os Poderes. Nesse aspecto, foi analisada a ideia de separação de poderes em todos os textos constitucionais brasileiros, com intuito de realizar um estudo crítico sobre a ideia de separação de poderes, demonstrando a proeminência, principalmente do Poder Executivo, sob os outros Poderes e o uso do pretexto constitucional para justificar arbitrariedades e regimes totalitários, como no caso da Constituição de 1824.

A discussão se inicia com as definições da ideia de separação de poderes, segue todo o contexto histórico do constitucionalismo brasileiro (1824 a 1988) e passa pelas importantes mudanças da Constituição vigente, na qual são debatidos os avanços do princípio da separação de poderes, o destaque do Poder Judiciário e as divergências entre os doutrinadores sobre o ativismo judicial.

Utilizando de método dedutivo e pesquisas bibliográficas, objetiva-se com presente trabalho

analisar a harmonia e independência entre os poderes ao longo da história constitucional brasileira e como o modelo tripartite de Poder, principalmente a proposta por Montesquieu, tornou-se um dogma constitucional, ainda que não aplicado em todo o período histórico.

2 A IDEIA DE SEPARAÇÃO DOS PODERES

A ideia de separação dos poderes é sugerida ainda na Grécia Antiga, em Aristóteles, já com um modelo tripartite, conhecidos como Poder Deliberativo, Executivo e Judiciário que atuavam separadamente como órgãos na decisão do Estado. Já para John Locke (1632-1704) a divisão consistia em poderes Legislativo, Executivo e Federativo, em que o Legislativo deveria ser considerado um poder supremo, ou seja, superior aos outros dois retrocitados. Contudo, só na Revolução Francesa, através de Montesquieu (1689-1755) que a separação de poderes se torna um dogma constitucional, fato é que a Declaração dos Direitos dos Homens e dos cidadãos de 1789 a considerava de grande importância para a garantia dos direitos dos homens e da elaboração de uma constituição (MORAES, 2014).

Quando se tem o poder concentrado em um único ente, há uma grande tendência de este se tornar arbitrário. A doutrina de separação de poderes surge da demanda de fragmentar este poder, de forma que não necessariamente volte para a sociedade, mas fracionando-o em funções atribuídas ao próprio Estado, como é demonstrado a seguir:

Entretanto, é o temor dos americanos à tirania do legislativo (já presente em Locke e Montesquieu), manifestado nos artigos federalistas – na verdade, justificativa *ex post facto* da Constituição que ajudaram a elaborar – que inspirou Madison, Hamilton e Jay, em especial os primeiros, tendo em mira as lições de Montesquieu, a alinhavarem a construção de um modelo de separação dos poderes que mitigasse a supremacia do Poder Legislativo, conferindo maior equilíbrio à relação entre os poderes, objetivando, na realidade, o

fortalecimento do Poder Executivo. Afastando-se, desta forma, do modelo europeu que outorgava ao Legislativo papel proeminente (MALDONADO, 2003, folhas 6).

O autor Bulos (2014) define o princípio da separação de poderes e sua relevância para a constituição atual, da seguinte forma:

Trata-se, pois, de um conceito que tem por base a ideia de limitação, baseada na fórmula clássica de Montesquieu segundo a qual o poder deve frear o poder. Resultado: quaisquer tentativas no sentido de instaurar instâncias hegemônicas de poder padecerão do vício de inconstitucionalidade, pois o escopo do constituinte foi claro: neutralizar, no âmbito político-jurídico do Estado, qualquer possibilidade de dominação institucional por parte dos Poderes da República. O pórtico em análise funciona como parâmetro de observância indispensável à exegese das normas constitucionais, sendo uma das vigas-mestras da Constituição de 1988 (BULOS, 2014, p. 516).

Neste sentido, a separação de poderes é um sistema que busca o equilíbrio entre a harmonia e independência dos poderes. A garantia de independência se dá por meio das funções típicas e da colaboração de um Poder com o outro, ou seja, a harmonia, através de suas funções atípicas, consolidando-se a teoria defendida por Montesquieu de freios e contrapesos. E, somando-se a isso, os controles recíprocos – cooperação, consentimento, fiscalização e correção – trazidos de forma esparsa na própria Constituição vigente.

Observa-se que as discussões históricas sobre a separação dos Poderes influenciaram grandemente a sociedade atual, principalmente com fundamento em Montesquieu, na maneira como cada Poder foi dividido e definido. Contudo, segundo Silva (2005), atualmente não se configura a rigidez percebida nessas épocas e por meio de uma nova visão sobre a teoria, seria preferível falar em colaboração de Poderes.

3 UM PANORAMA HISTÓRICO DO CONSTITUCIONALISMO NO BRASIL

No Brasil dos anos de 1820, devido à influência do constitucionalismo instaurado em outros países e as grandes pressões sociais do recém e frágil Império brasileiro, é outorgada a primeira Constituição, a “Constituição Política do Imperio do Brazil”³. A Constituição foi considerada liberal para a época e trazia importantes inovações, como a liberdade de culto e de imprensa. A separação dos Poderes também foi adotada, porém com mais um Poder além do Legislativo, Executivo e o Judiciário, denominado como Poder Moderador.

O art 98 da Constituição de 1824 define a função do Poder Moderador:

Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independencia, equilibrio, e harmonia dos mais Poderes Politicos.

Pode-se observar que o Poder Moderador, na figura do Imperador, garantiria a independência, equilíbrio e harmonia entre os poderes. O Chefe Supremo da Nação seria o representante do Poder Executivo e do Moderador, que lhe asseguravam o controle dos demais poderes e proteção constitucional sobre quaisquer atos, principalmente quando é observado o art. 99 que traz a pessoa do monarca como inviolável e sagrada, não estando sujeito a responsabilidade nenhuma.

O Imperador poderia, ainda, dentre outras funções, segundo o art. 101, nomear e demitir livremente os Ministros do Estado, dissolver a Câmara dos Deputados e convocar novas eleições parlamentares, ou seja, todos os outros poderes estavam submetidos à sua vontade, no pretexto de garantir a harmonia entre eles. Contudo, o que se configurava era um modelo limitado dos

³ Optou-se, nesta citação direta, pela ortografia da época da publicação.

Poderes, devido à força impositiva do Poder Moderador e do Executivo, que, por vezes, não representava a vontade do povo, mas unicamente a do seu primeiro representante.

Após a Proclamação da República em 1889, principalmente devido ao desgaste do sistema monárquico de governo e à forte influência do presidencialismo norte-americano, em 24 de fevereiro de 1891 é promulgada a “Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil”.

A primeira Constituição republicana do país trazia inovações importantes para o ordenamento jurídico nacional. Sobre esse aspecto, faz-se relevante as seguintes ponderações:

A Constituição de 1891 criou a Justiça Federal, ao lado da Estadual, situando o Supremo Tribunal Federal no ápice do Poder Judiciário. Ao STF cabia, além de competências originárias, julgar recursos de decisões de juízes e tribunais federais e recursos contra decisões da Justiça estadual que questionassem a validade ou a aplicação de lei federal. Também lhe foi atribuída competência recursal para os processos em que atos estaduais fossem confrontados com a Constituição Federal. Os juízes não mais poderiam ser suspensos por ato do Executivo, tendo-lhes sido asseguradas a vitaliciedade e a irredutibilidade de vencimentos. [...] As antigas Províncias passaram a ser chamadas de Estados-membros, e a elas se reconheceu competência para se regerem por constituições próprias, respeitados, sob pena de intervenção federal, os princípios constitucionais da União (MENDES; BRANCO, 2015, p. 99).

Sobre a divisão dos Poderes, a Constituição de 1891 retira o Poder Moderador e mantém a forma tripartite (Legislativo, Executivo e Judiciário), como pode ser observado no art. 15 da referida Constituição:

Art. 15. São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si.

Apesar das importantes medidas elencadas na Constituição 1891, as sucessivas crises políticas e econômicas enfrentadas na época dão abertura ao que ficou conhecida como a “Revolução de

1930” e, como consequência, é promulgada em 16 de julho de 1934 uma nova Constituição.

A Constituição de 1934 decide manter a separação de Poderes da Constituição anterior, todavia, com algumas alterações em seu texto:

Art. 3.º São órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si.

Sobre o tema, há as seguintes explicações:

Ao mesmo tempo em que a Carta de 1934 retirou do Senado a iniciativa ampla em matéria legislativa (art. 91, I, VII), reservando-a à Câmara dos Deputados, destinou-lhe competências importantes relativas aos assuntos de interesse dos Estados-membros (alíneas “b”, “c” e “d”, do art. 90), conferindo-lhe, ainda, a supremacia para exercitar o sistema de freios e contrapesos (arts. 90, “a” a “d”, 91, II37, III, IV38 e VII39) (MALDONADO, 2003, folhas 11).

A Constituição de 1934 não vigorou por muito tempo e já sob a presidência de Getúlio Vargas, após um golpe de Estado, é outorgada a Constituição de 1937. Assim como observado por Mendes e Branco (2015), tal Constituição sofreu influência da Constituição polonesa ditatorial de 1935 e tinha como característica o fortalecimento do Poder Executivo.

O ponto de destaque da Constituição de 1937 está na figura do Presidente da República como “autoridade suprema do Estado”, sobrepondo-se aos outros dois Poderes, podendo até dissolver a Câmara dos Deputados em determinados casos (art. 75, alínea “b”), o que remete novamente ao modelo imperialista.

As casas legislativas foram dissolvidas e o parlamento não funcionou no regime ditatorial, desempenhando o Presidente da República, por si só, todas as atribuições do Legislativo, inclusive a de desautorizar a declaração de inconstitucionalidade de lei pelo STF. Com isso, tornaram-se irrisórios os juízos de inconstitucionalidade que o Tribunal se animasse a formular sobre atos normativos do Presidente da República (MENDES; BRANCO, 2015, p. 100).

Com o fim da ditadura de Vargas e de volta ao regime democrático é promulgada a Constituição de 1946, marcada pela tentativa de redemocratização e de reconstitucionalização do país.

Como é observado pelo autor Maldonado (2003), importantes avanços foram implementados ao princípio da separação dos Poderes, expressos no art. 36 da referida Constituição, que inaugura a técnica de redação utilizada nas Constituições posteriores, retirando o termo “coordenação” da Constituição de 1934 e implementando o termo “harmonia”, usado em Constituições anteriores.

Bulos (2014) faz ressalvas sobre a Constituição de 1946, principalmente sobre sua extensão e sua efetividade. Para Bulos (2014), apesar de ter sido restaurado o regime democrático, não correspondia, inteiramente, às exigências e aspirações de seu tempo.

Em 1964, as Forças Armadas tomam o poder através de mudanças na Constituição de 1946. Em decorrência disso, é promulgada em 1967 a “Constituição do Brasil” e em 1969 é imposta a Emenda Constitucional n. 1, considerada por alguns doutrinadores como uma Nova Constituição.

A Constituição de 1967 priorizava garantir a segurança nacional e tinha um viés centralizador, principalmente no Poder Executivo. A referida Constituição não trouxe grandes alterações à separação de Poderes, com exceção da volta do Poder Executivo em legislar, através de Decreto-Lei.

Por fim, o enfraquecimento do regime militar abre espaço para a promulgação da Constituição de 1988, que tem como destaque a redemocratização e os direitos individuais e sociais.

A Constituição de 1988 não traz mudanças no princípio de separação dos poderes, contudo, vale pontuar as seguintes considerações:

A despeito, entretanto, da excessiva participação do Poder Executivo no processo legislativo, inclusive com a possibilidade da edição de medidas provisórias pelo Presidente da República, com força de lei, e também da concentração exagerada de

matérias reservadas ao legislador federal, por força da repartição vertical (entre União, Estados e Municípios) de competências, adotadas pelo constituinte de 88, a limitação do poder no Brasil experimentou uma importante evolução, em especial com o reforço do papel do Poder Judiciário e do Ministério Público na tutela dos interesses coletivos e difusos, da tarefa de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, C.F.) (MALDONADO, 2003, folhas 15).

Diferentemente do que foi observado em outros períodos, é evidente a maior autonomia dos Poderes, a ausência de um Poder superior suprimindo os demais Poderes e a ideia de harmonia consideravelmente mais presente na Constituição de 1988.

4 OS CONFLITOS POLÍTICOS E A HARMONIA ENTRE OS PODERES

Através do contexto histórico aqui apresentado é possível pontuar divergências na defesa da Teoria da Separação dos Poderes ao longo do constitucionalismo no Brasil, que por vezes foi utilizada apenas como instrumento doutrinário.

A Constituição de 1824 tinha o Poder Moderador como responsável pela harmonia entre os Poderes e era o próprio Imperador que respondia pelo Poder Executivo e pelo Poder Moderador. Nesse aspecto,

Não cuidou, pois, a Constituição do Império de separar os Poderes, mas antes de unificá-los, não só pela reunião, na pessoa do monarca, de dois poderes (o Executivo e o Moderador), como ainda no relevo extraordinário que deu ao Poder Moderador (LEAL, 1946, folhas 1).

Ainda que a separação de Poderes estivesse presente na Constituição do Império, a sua aplicação inexistia, tendo em vista que se tratava de um modelo unitário de poder, não existindo, portanto, nem harmonia, independência e tão pouco a limitação de Poder.

Embora o assunto comporte maiores explicações, parece desnecessário insistir na demonstração de que, no Império, a divisão de poderes não passava de um mero princípio doutrinário. Não teve equivalência, nem na prática política, nem nas aplicações que dele pretendeu fazer o próprio texto constitucional (LEAL, 1946, folhas 2).

Já na Constituição de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, e na Constituição de 1967, sob o Regime Militar, os problemas na aplicação da separação de Poderes são devidos ao modelo totalitário, que também tem seu centro no Poder Executivo e não atende aos direitos fundamentais. Sobre isso, Moraes (2014) afirma que existe uma estreita interligação constitucional entre a defesa da separação de poderes e dos direitos fundamentais para existência de um Estado Democrático de Direito e ressalta que os órgãos exercentes das funções estatais, para serem independentes, conseguindo frear uns aos outros, com verdadeiros controles recíprocos, necessitavam de certas garantias e prerrogativas constitucionais.

Se a harmonia entre os Poderes, bem como suas prerrogativas constitucionais não são observadas e isso incorra em prevalência em um dos Poderes, não se pode dizer em um Estado Democrático de Direito.

[...] O legislador constituinte previu diversas imunidades e garantias para os exercentes de funções estatais relacionadas com a defesa dos direitos fundamentais e gerência dos negócios do Estado, definindo-as nos capítulos respectivos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e, também, da Instituição do Ministério Público. E tais garantias são invioláveis e imposteráveis, sob pena de ocorrer desequilíbrio entre eles e desestabilização do governo. E, quando o desequilíbrio agiganta o Executivo, instala-se o despotismo, a ditadura, desaguando no próprio arbítrio, como afirmava Montesquieu ao analisar a necessidade da existência de imunidades e prerrogativas para o bom exercício das funções do Estado (MORAES, 2014, p. 426).

Uma provável consolidação da harmonização e independência dos poderes é observada

na Constituição de 1988 que adotou o princípio da separação de Poderes (art. 2.º) e define o Brasil como República e Estado Democrático de Direito (art. 1.º). Além disso, Moraes (2014) considera que o objetivo da Constituição Federal de 1988 foi, através da divisão de funções do Estado em Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a defesa do regime democrático, dos direitos fundamentais e da própria separação dos Poderes.

Em contrapartida, o que se discute atualmente é o destaque social e político do Poder Judiciário, que alguns autores têm entendido como ativismo judicial. Moraes (2014) explica as principais razões para a proeminência do Poder Judiciário:

No Brasil, a partir do fortalecimento do Poder Judiciário e da Jurisdição Constitucional pela Constituição de 1988, principalmente pelos complexos mecanismos de controle de constitucionalidade e pelo vigor dos efeitos de suas decisões, em especial os efeitos *erga omnes* e vinculantes, somados à inércia dos Poderes Políticos em efetivar totalmente as normas constitucionais, vem permitindo que novas técnicas interpretativas ampliem a atuação jurisdicional em assuntos tradicionalmente de alçadas dos Poderes Legislativo e Executivo (MORAES, 2014, p. 789).

Bulos (2014) define ativismo judicial como o ato em que os juízes criam pautas legislativas de comportamento, como se fossem os próprios membros do Poder Legislativo e o considera como um perigoso veículo de fraude constitucional e de violação do princípio da separação de Poderes.

Já Mendes e Branco (2015) argumentam que apesar de o Supremo Tribunal Federal alternar momentos de maior ou menor ativismo judicial, o Poder Judiciário não pode ser omissor as discricionariedades das medidas políticas que violem direitos assegurados pela Constituição.

Apesar de que, muitas vezes, é tarefa demasiado complicada precisar os limites que separam uma questão política de outra de natureza jurídica ou não política, tal fato não deve servir de subterfúgio para que o Poder Judiciário se abstenha do cumprimento de seu

dever constitucional na defesa dos direitos fundamentais (MENDES; BRANCO, 2015, p. 593).

É importante ressaltar que o modelo adotado no Brasil ainda está em construção e correções devem ser feitas, porém a discussão sobre essa nova abordagem é muito recente, diferentemente de outros países de democracias já sólidas e amadurecidas.

O bom-senso entre a "*passividade judicial*" e o "pragmatismo jurídico", entre o "respeito à tradicional formulação das regras de freios e contrapesos da Separação de Poderes" e "a necessidade de garantir às normas constitucionais a máxima *efetividade*" deve guiar o Poder Judiciário, e, em especial, o Supremo Tribunal Federal na aplicação do *ativismo judicial*, com a apresentação de metodologia interpretativa clara e fundamentada, de maneira a balizar o excessivo subjetivismo, permitindo a análise crítica da opção tomada, com o desenvolvimento de técnicas de autocontenção judicial, principalmente, afastando sua aplicação em questões estritamente políticas, e, basicamente, com a utilização minimalista desse método decisório, ou seja, somente interferindo excepcionalmente de forma ativista, mediante a gravidade de casos concretos colocados e em defesa da supremacia dos Direitos Fundamentais (MORAES, 2014, p. 791).

A defesa da democracia se faz necessária, preservando principalmente as vertentes da separação dos Poderes, ainda que isso demande tempo e amadurecimento institucional.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A prevalência do Poder Executivo na história política do Brasil é inequívoca e essa característica afeta o atual sistema político, na qual a preocupação na escolha do chefe do Executivo é muitas vezes maior que com a escolha dos que compõem o Poder Legislativo. Ideologia esta que passa também sobre o Poder Judiciário, que sobre o pretexto de controle judicial, exerce forte influência no cenário político, podendo causar sérios prejuízos à harmonia e à independência dos Poderes.

Apesar da ideia de tripartição de Poder estar presente desde a primeira Constituição nacional, a sua efetividade se vê mais presente na Constituição atual, sendo que discussões sobre ativismo judicial só foram possíveis através da harmonização dos Poderes. É na Constituição atual que a ideia de separação de Poderes, bem como a harmonia e a independência entre eles, mostraram-se mais presentes.

Uma questão que deve ser observada diz respeito à quantidade de Constituições outorgadas no Brasil, o que demonstra o uso da Constituição não como a consolidação da vontade de um povo, mas como um simples objeto político, utilizada como instrumento formal para legitimação de governos impostos. Em outro aspecto estão as Constituições promulgadas que mais parecem transições para os regimes autoritários e que geralmente sentiram dificuldades para serem efetivamente seguidas, como é o caso das Constituições de 1891 e de 1946.

Essa discussão é essencial para os futuros operadores do direito e também para a sociedade, pois é necessário evitar que tais arbitrariedades afetem a Constituição Federal de 1988, especialmente para que seja preservada a democracia, o Estado Democrático de Direito e o Princípio da Separação dos Poderes.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição (1824). Constituição Política do Imperio do Brazil. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 8 jul. 2016.
- BRASIL. Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 8 jul. 2016.
- BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de

Janeiro, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 8 jul. 2016.

BRASIL. Constituição (1937). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 8 jul. 2016.

BRASIL. Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 8 jul. 2016.

BRASIL. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 8 jul. 2016.

BRASIL. Constituição (1967). Emenda Constitucional n.1, de 24 de janeiro de 1969. Brasília, 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 8 jul. 2016.

BRASIL. Constituição (1998). Constituição da

República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

LEAL, Victor Nunes. A divisão dos poderes no direito constitucional brasileiro. Rio de Janeiro, 1946. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/10391/9388>>. Acesso em: 8 jul. 2016.

MALDONADO, Maurílio. Separação dos poderes e sistema de freios e contrapesos: desenvolvimento no estado brasileiro. São Paulo, 2003. Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/repositorio/bibliotecaDigital/503_arquivo.pdf>. Acesso em: 8 jul. 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

A CORRUPÇÃO EMBASADA NO INDIVIDUALISMO SOCIAL BRASILEIRO

Valquíria Gomes de Moura¹

RESUMO

O presente artigo objetiva analisar a construção do ser predominantemente individualista no seio social e as reais consequências que têm surgido na sociedade, no indivíduo e para a coletividade. E uma dessas consequências seria, principalmente, a corrupção tão presente não só no âmbito político, como também, em muitas outras vertentes sociais. Como se dão as relações humanas em todo o âmbito social? Estão preocupados com os interesses coletivos? A modernidade influencia a construção do ser humano? Essas são indagações que podem ser levantadas e até mesmo respondidas ao analisar a sociedade na sua totalidade. Assim, o presente trabalho buscará abordar inicialmente as dimensões históricas, culturais e sociais da construção do indivíduo, além da evolução dos ideais e dos interesses que o ser humano passou a possuir. Novos paradigmas e valores são criados em prol do sucesso e de resultados individuais. Além disso, o texto levanta uma discussão de um breve estudo sobre como este indivíduo atuava na sociedade antes e hoje, perpassando pelos contextos históricos destacando elementos essenciais que nortearão uma análise sobre o individualismo que se faz presente na modernidade, assim como seu impacto na educação, nas relações familiares e na construção do ser social.

Palavras-chave: Individualismo; modernidade; construção do ser social.

ABSTRACT

This article analyzes the construction of the predominantly individualistic social sinus and the

real consequences that have arisen in society, in the individual and for the community. And one of those consequences would be mainly corruption as this not only in the political sphere, but also in many other social aspects. What is the shape human relationships in every social context? Are concerned about the collective interests? Modernity influence the construction of the human being? These are questions that can be raised and even answered by analyzing society as a whole, thus, this paper aims to initially address the historical, cultural and social dimensions of the construction of the individual, in addition, the evolution of ideals and interests that man went on to own. New paradigms and values are created for the sake of success and individual results. Still, the article posing a discussion with an analysis on how this individual was acting in society before and today, passing by historical contexts highlighting essential elements that will guide an analysis on the individualism that is present in modernity as well as their impact on education, family relations and the construction of social being.

Keywords: Individualism; modernity; construction of social being.

1 INTRODUÇÃO

O presente texto objetiva a compreensão e a reflexão de como as relações humanas estão defasadas. Atualmente, a sociedade vive em um conflito de identidade. Ter uma convivência de relações saudáveis é um desafio. Muitas pessoas, no decorrer da sua trajetória, fecham seus olhos ou só veem por um ângulo, limitando a sua visão

¹ Acadêmica do sexto Período de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho.

de mundo, e, principalmente, visualizando somente aquilo que lhes convém.

Há uma cultura da frieza enraizada nas pessoas no que diz respeito às relações humanas. Muitas vezes, são indiferentes e individualistas em relação ao sofrimento familiar, às mazelas sociais. Reagem indiferentes às incapacidades humanas, aos medos alheios. São frias em relação ao mau direcionamento do país, o que tanto atrasa o desenvolvimento social. Um individualismo que constrói hierarquias e destrói a vivência mútua entre os seres, que se veem capazes de criar uma barreira entre o que é ser um cidadão e o que é ser indivíduo. Quando a pessoa é bem educada e conscientizada, torna-se uma cidadã. Caso contrário, pode se transformar em um individualista que semeia a corrupção e pensa somente no seu “eu”, sobrepõe seus interesses a quaisquer outros de caráter coletivo.

A partir de todo o processo discursivo no texto sobre o tema, será possível perceber como a construção da cidadania é tão complexa, por envolver vários fatores que vão desde a base familiar até o mais elevado grau social do ser humano. Complexidades que dificultam o processo de desenvolvimento coletivo. Porém, mesmo em uma sociedade tão pluralística, é possível ter uma boa convivência e construir laços e atitudes verdadeiras, que sejam em prol da sociedade construída por reais cidadãos, e não, de individualistas. Para isso, é necessário que se abram os olhos para enxergar o outro, compreendê-lo e valorizá-lo interiormente. Não apenas o que ele representa materialmente.

2 FUNDAMENTO HISTÓRICO DA CULTURA INDIVIDUALISTA

Para dar início sobre essa temática histórica da cultura individualista, pode-se dizer que teria surgido a partir do momento em que os indivíduos passaram a voltar para si mesmos. Isso parece óbvio, mas vai muito além. Em uma dada relação social em que predominava o coletivismo, a rudimentaridade material e cultural, a necessidade de sobreviver enfrentando os desafios da natureza,

e a interdependência entre as pessoas, pensar somente em si próprio era algo sobrenatural nesta sociedade.

Essa mesma sociedade inicialmente coletiva e que foi se individualizando foi se expandindo, surgindo demandas, concepções enraizadas, surgindo a necessidade de mudança. Assim, pode-se considerar que o mais ínfimo fruto do individualismo teria surgido nesse período arcaico, transformada de uma sociedade que era constituída e embasada no coletivismo, quando tudo era de todos, e na qual não existia fronteira entre o “meu” e o “seu”.

Com o individualismo em lugar do coletivo, nasce a propriedade privada. O homem que era totalmente coletivo, cordial e bom, vislumbra seu olhar para a possibilidade de “ter”, ou seja, possuir para si o que lhe convém, pensando numericamente no singular, em si mesmo. A partir disso, surge a segregação social, econômica e a dominação do mais forte sobre o mais fraco, uma concepção capitalista que dá ênfase ao individualismo.

No decorrer desse processo histórico, a sociedade se transforma. Novos paradigmas são criados. A outros foram dada a ênfase especial enquanto outros caíram no desuso. Fatos que ocorreram na cultura, nos costumes, nas relações interpessoais, valores, e, principalmente, na relação Estado-sociedade.

Para melhor entendimento, o conceito de individualismo pode ser entendido como,

[...] um conceito político, moral e social que exprime a afirmação e a liberdade do indivíduo frente a um grupo, à sociedade ou ao Estado. O Homem do renascimento passou a apoiar a competição e a desenvolver uma crença baseada em que o homem tudo poderia, desde que tivesse vontade, talento e capacidade de ação individual. O individualismo, em princípio, opõe-se a toda forma de autoridade ou controle sobre os indivíduos e coloca-se em oposição ao coletivismo, no que concerne à propriedade. O individualista pode permanecer dentro da sociedade e de organizações que tenham o indivíduo como valor básico – embora as organizações e as sociedades, contraditoriamente, carreguem

outros valores, não necessariamente individualistas, o que cria um estado de permanente tensão entre o indivíduo e essas instâncias de vida social.²

Tal conceito tanto dá continuidade ao que o homem da pré-história havia dado início quanto remete o individualismo para a comparação com o existente no fim da Idade Média e início a Idade Moderna, passando pelo Renascimento. Este último, um movimento artístico, cultural e de mudanças de valores, em que o homem se torna o centro do mundo, sobrepondo até a força do Deus Cristão. Um momento em que o homem descobre a sua capacidade, e como essa capacidade pode lhe dar poder. E ainda, percebe a valorização das ações humanas, sendo um importante momento que serviu para enaltecer o ego da burguesia e da classe artística da época.

É possível identificar as questões da *liberdade* e da *autonomia*, fundamentais para a emergência do individualismo, já no humanismo renascentista e, mais claramente, no racionalismo e no iluminismo. É quando se estabelece a diferenciação entre o indivíduo pré-moderno, orientado por uma ordem transcendente, religiosa, e o indivíduo moderno, orientado sobretudo pela razão e pela vontade. [...] A ideia do homem como centro do universo, que usufrui de autonomia do espírito, liberdade da razão e exercício da vontade, é central na passagem do mundo medieval ao mundo moderno. Assim, o individualismo remonta ao contrato social e às origens do pensamento democrático, com Hobbes, Locke e Rousseau, e a rejeição do poder político legitimado pelo direito de dinástico, herança ou pela vontade divina. Consolida-se assim a concepção de indivíduo como um ser uno, livre e responsável por seus próprios atos. Trata-se do cidadão moderno, célula mínima do Estado democrático, que lhe garante contratualmente direitos e deveres (COSTA, 2015).

Como bem explicado acima, o processo histórico do individualismo é muito além da pré-história, do Renascimento ou da simples assertiva que surgiu quando o homem começou a pensar em si mesmo, mas requer um longo processo, que

adentra também ao período do Racionalismo, do Iluminismo, da ideia do contrato social que delimita e muda a relação Estado e sociedade, até o surgimento do Estado Democrático de Direito. E com essa concepção de Estado, vão surgindo direitos e deveres, anseios e liberdades, nos quais a razão e a vontade têm um liame com o individualismo.

3 A SOCIEDADE NA SUA TOTALIDADE

A cada momento que passa a sociedade se moderniza, industrializa, cresce a liberdade individual, os costumes e culturas se modificam, a autonomia amplia a perspectiva humana e o homem se enxerga como onipotente. Porém, vislumbra no olhar um indivíduo diferente daquele da pré-história, um indivíduo menos coletivista e mais individualista, somente verbalizando o “ter” e o “ser”.

Esse é um dos assuntos que tanto aflige pessoas comuns, religiosos, sociedades e associações solidárias, pois a sociedade está cada vez mais se preocupando consigo própria, preocupando com o consumo, a evolução. E assim, as relações ficam cada vez mais superficiais. Ou seja, é o mal da modernidade.

Em muitas situações se ouve que os “pais são o espelho da criança”. Esta frase já foi repetida algumas vezes pela maioria das pessoas. A verdade é que os mínimos detalhes nos comportamentos dos pais são transmitidos aos filhos em uma velocidade assustadora, sem que mesmo se perceba. E isso torna ainda mais indiferente a vida cotidiana, recheada de maus hábitos que tornam a sociedade mais individualista ainda. Hoje se vive diante de comportamentos desregrados de muitos filhos e pais. Pode-se dizer que quase já não existe mais a família tradicional, com educação e comportamentos regrados. Mas, sim, a falta de regras, limites, valores sociais que façam pensar no outro e no ambiente. Como exemplo, o ato simples de jogar o lixo na lixeira, o ato de sair da

² Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Individualismo>>. Acesso em: 19 mar. 2015.

mesa do *fast food*, sair do cinema e recolher seu lixo, algo tão comum e que na teoria seria muito prático, mas diante de como se vive, torna-se muito complexo. Os pais não se preocupam em ensinar aos filhos atitudes corretas, que são importantes para o indivíduo e a coletividade, como respeitar o ambiente. Assim, com essa falta de compromisso, os filhos reproduzem ações inconscientes, antissociais. Reproduzem as mesmas atitudes, características sociais irrelevantes, mas que são perpetuadas.

Atualmente, presencia-se um estilo de convivência familiar com os filhos dominando todos os espaços, todas as atenções estão voltadas para o interesse da criança ou adolescente, fazendo assim que cresçam individualistas, impossibilitados de lidar com os “nãos” da vida. Os próprios pais incubem seus filhos de imobilidade de escolha e de tomada de decisões, pois tudo é dado de imediato diretamente em suas mãos. Os novos arranjos familiares vão surgindo em meio às tecnologias, à abertura democrática das relações humanas afetivas, costumes enaltecidos e outros em desuso. Arranjos familiares que surgem na sociedade brasileira, na qual o espírito republicano democrata se encontra inerte devido ao comodismo e, principalmente, o espírito individualista que vem perpetuando na sociedade brasileira.

A existência do individualismo pode ser uma característica tanto estimulada quanto inibida, pois no respaldo antropológico, os costumes e as necessidades eram outras. Mas, no decorrer do processo evolutivo, muda todo o sistema, muda a sociedade. E com isso, nasce a desigualdade, o opressor e oprimido, a pobreza, disparidades econômicas e sociais, a corrupção, etc. Este último, devido a tantas ocorrências no Brasil, merece destaque nesta discussão que será abordado em detalhes mais adiante. O que se pode notar é que os governantes, legisladores, administradores do Estado brasileiro não se preocupam em discutir as reais necessidades existentes, não se preocupam em pensar no bem de todo povo brasileiro, mas, sim, nos seus próprios interesses.

Durante as campanhas eleitorais, prometem

até o que não está o seu alcance. Com isso, elegem-se. E, a partir de então, só procuram desenvolver individualmente seus objetivos, deixando pairar sobre a sociedade a miséria, a pobreza, as desigualdades, a exploração capitalista sob os oprimidos. Enfim, esquecem-se do povo e de suas reais carências.

Segundo Sennett (2009) o capitalismo moderno prega a indiferença, as pessoas não são valorizadas, mas, sim, descartáveis quando for conveniente. Muitos se relacionam por um objetivo econômico, irradiando no pensamento que não são importantes para os outros e que muito menos os outros o são para eles. Não há a visão de que a boa vida não se resume em poder comprar o carro do ano, a casa dos sonhos, o colégio desejado pelos filhos, mas, principalmente, construir laços de amor verdadeiro. Assim aborda o autor:

“Quem precisa de mim?” é uma questão de caráter que sofre um desafio radical no capitalismo moderno. O sistema irradia indiferença. Faz isso em termos dos resultados do esforço humano, como nos mercados em que o vencedor leva tudo, onde há pouca relação entre risco e recompensa. Irradia indiferença na organização da falta de confiança, onde não há motivo para se ser necessário. E também na reengenharia das instituições, em que as pessoas são tratadas como descartáveis. Essas práticas, óbvia e brutalmente reduzem o senso de que contamos como pessoa, de que somos necessários aos outros (SANNETT, 2009, p. 174).

Além disso, o mundo capitalista exige, de muitos, comportamentos que distanciam as pessoas e individualiza atitudes para obter sucesso pessoal. Como bem exposto por Bauman (2007) o mercado promove a competição com objetivo primordial de obter lucros, uma vez que, ao ter profissionais competitivos ampliará infinitamente seu capital. Porém, essa competição desfavorece o crescimento, rebaixa o trabalho, a união em grupo que se tornaria essencial para o desenvolvimento humano da sociedade como um todo. Contudo, esse desenvolvimento é impossibilitando, pois o capitalismo potencializa interesses individuais. Isto porque,

A exposição dos indivíduos aos caprichos dos mercados de mão-de-obra e de mercadorias inspira e promove a divisão e não a unidade. Incentiva as atitudes competitivas, ao mesmo tempo em que rebaixa a colaboração e o trabalho em equipe à condição de estratégias temporárias que precisam ser suspensas ou concluídos no momento em que se esgotarem seus benefícios. A “sociedade” é cada vez mais vista e tratada como uma “rede” em vez de uma “estrutura” (para não falar em uma “totalidade sólida”): ela é percebida e encarada como uma matriz de conexões e desconexões aleatórias e de um volume essencialmente infinito de permutações possíveis (BAUMAN, 2007, p. 9).

Vivem-se, atualmente, em um mundo em que a imprensa controla pensamentos, ações e reações, estilos de vida e comportamentos, impondo seu desejo sob a sociedade. Hoje, as famílias já não se reúnem, já não alimentam à mesa, não dialogam. Cada um parte para seu cantinho individual, e muitas vezes esse cantinho é na frente do televisor ou do computador. Os pais já não têm o controle sob os seus filhos, não sabem o que eles fazem na internet horas e horas. Muitos desses pais estão preocupados com o relatório do chefe, com a provável promoção no trabalho ou com a reunião importante de amanhã. E se distanciam dos seus filhos. Os telejornais controlam o pensamento. Os programas mostram uma realidade perfeita que pode ser resolvida por pelos ouvintes. As novelas ditam costumes e espalham modas. E, além disso, mostram o amor na sociedade sendo banido. E tudo isso reflete nos comportamentos individualistas das pessoas na sociedade.

Criam-se assim relações humanas superficiais. Muitas vezes, as pessoas se usam, mas não se completam ou se valorizam. Famílias desunidas, casamentos de aparências, amores superficiais. A sociedade individualista só pensa em si mesma, não sendo capaz de pensar no outro e amá-lo. Como é elucidado por Bauman (2004), a sociedade enxerga as relações humanas como um produto do mercado consumista. Não é capaz de ver que a construção do amor sólido deve ser embasado em relações sólidas, relações humildes, e, principalmente, o olhar e o coração humildes

para que estejam pronto para construir relações verdadeiras.

E assim é numa cultura consumista como a nossa, que favorece o produto pronto para uso imediato, o prazer passageiro, a satisfação instantânea, resultados que não exijam esforços prolongados, receitas testadas, garantias de seguro total e devolução do dinheiro. A promessa de aprender a arte de amar é a oferta (falsa, enganosa, mas que se deseja ardentemente que seja verdadeira) de construir a “experiência amorosa” à semelhança de outras mercadorias, que fascinam e seduzem exibindo todas essas características e prometem desejo sem ansiedade, esforço sem suor e resultados sem esforço. Sem humildade e coragem não há amor. Essas duas qualidades são exigidas, em escalas enormes e contínuas, quando se ingressa numa terra inexplorada e não-mapeada. E é a esse território que o amor conduz ao se instalar entre dois ou mais seres humanos (BAUMAN, 2004, p.11-12).

Os laços humanos serão duradouros, fortificados à medida que as pessoas se abrem para estar perto do outro, enxergando-o na sociedade e relacionando mutuamente. E, principalmente, valorizando a si próprio para amar o outro, então, ter-se-á uma sociedade mais unida, solidária e menos individualista.

4 O PREÇO DO INDIVIDUALISMO SOCIAL: A CORRUPÇÃO

A partir das abordagens sobre os contextos históricos, a evolução social e o avanço acentuado do individualismo, é possível agora apresentar as consequências e os males que esse individualismo vem ocasionando na sociedade brasileira.

E como dito inicialmente, uma dessas consequências seria o mal da corrupção.

Vivem-se em um mundo onde há um acentuado crescimento da desvalorização do ser humano, da violência, da sede de poder, da criminalidade, da corrupção. Um mundo de competição letal, no qual sobrevive o mais forte.

Com o desenvolvimento da sociedade capitalista, o individualismo aumentou fortemente devido à busca de poder, de riqueza, de consumo,

de prazer. Os instintos humanos começaram a suplantar a razão. Estão cada vez mais à flor da pele. Pouco se pensa antes de agir. As atitudes são mais pela vontade de poder, pelos desejos desenfreados. E tudo acaba no fato de muitos adultos buscarem satisfazer suas próprias vontades e com isso acabam se tornando corruptos, pois deixam aflorar plenamente os instintos. E já não estão sentindo mais culpados, escondidos que se acham na sociedade cada vez maior e desconhecida pelos seus membros. E, assim, criam também sua própria moral, a moral individualista, aquela que diz que se “é bom para mim não importa o que o outro pensa”. Ao contrário, portando, do que havia desejado Nietzsche (1998, p. 59) neste trecho sobre a questão da culpa;

A relação de direito privado entre o devedor e seu credor, da qual já falamos longamente, foi mais uma vez, e de maneira historicamente curiosa e problemática, introduzida numa relação na qual talvez seja, para nós, homens modernos, algo inteiramente incompreensível: na relação entre os vivos e seus antepassados. Na originária comunidade tribal – falo dos primórdios – a geração que vive sempre reconhece para com a anterior, e em especial para com a primeira, fundadora da estirpe, uma obrigação jurídica (e não um mero vínculo de sentimento: seria lícito inclusive contestar a existência deste último durante o mais longo período da espécie humana). A convicção prevalece de que a comunidade subsiste apenas graças aos sacrifícios e às realizações dos antepassados – e de que é preciso lhes pagar isso com sacrifícios e realizações: reconhece-se uma dívida [Schuld], que cresce permanentemente, pelo fato de que os antepassados não cessam, em sua sobrevida como espíritos poderosos, de conceder à estirpe novas vantagens e adiantamentos a partir de sua força. [...] os ancestrais das estirpes mais poderosas deverão afinal, por força da fantasia do temor crescente, assumir proporções gigantescas e desaparecer na treva de uma dimensão divina inquietante e inconcebível – o ancestral termina necessariamente transfigurado em deus. Talvez esteja nisso a origem dos deuses, uma origem no medo, portanto!...

Assim, o sentimento de culpa teria, segundo Nietzsche, nascido a partir do conceito de dívida,

pois através da firmação de algum compromisso, o seu descumprimento ou a não observância ocasionaria no sentimento de culpa. O trecho aborda que a relação de credor e devedor mostra facilmente esse preceito da culpa. O não pagamento da dívida acarreta de uma irresponsabilidade de que dependendo poderá converter em culpa, além de que a produção da culpa, qual seja, o receio do poder dos antepassados, podendo até converter em uma análise de lealdade para com seus antepassados. A dívida material seria apenas um complemento inserido, mas o que se exalta é notadamente a dívida para com os antepassados.

Essa explanação é importante para mostrar que na atualidade a cultura individualista, como abordada antes, muitas das vezes faz cair por terra a preocupação com o outro, com as culturas, os antepassados, etc.

O político corrupto não se preocupa com as mazelas sociais por não dar a devida importância para sociedade. Simplesmente, por apenas querer satisfazer desejos próprios. Não enxergam que cuidar da coletividade seria dar assistência ao todo, seria mudar a realidade de muitos. Mas, essa dicotomia não permeia o pensamento de muitos governantes, pois está enraizada na cultura do individualismo a falta da culpa, a falta do ressentimento de ter a consciência que a corrupção é ilícito e atrasa o desenvolvimento social.

No meio social, para existir a corrupção é necessário que haja o corrupto e o corrompido. Se no sistema em geral, como família, a rua, a escola, as instituições religiosas, enfim, a sociedade, não permeassem essas duas figuras, por menor que seja, seria possível que também não existisse o grau maior da corrupção que é realizada pelos governantes. A (grande) corrupção é reflexo dos pequenos atos que são também corrupção, mas que, por serem considerados pequenos, a mentalidade social as aceitam. O famoso “jeitinho brasileiro”, representado aqui pela popularmente frase “levar vantagem” sobre algo que é ou pode até ser um bem coletivo, é o mal maior, ainda que se apresentando como de menor potencial ofensivo. Sobre o tema, há o trecho seguinte:

No Brasil, o jeitinho está tão impregnado no cotidiano como uma tinta de tingir roupa que já se tornou comum, alcançando desde o cidadão que busca alguém para lançar seus pontos da carteira de habilitação ou o frentista do posto de gasolina que lhe pergunta o valor que deve colocar na nota fiscal do combustível até empresários e políticos que se tornaram protagonistas do que foi conhecido como “mensalão”. Como é possível observar, o jeitinho brasileiro é a imposição do conveniente sobre o certo. É a filosofia do “se dá certo, é certo”, desde, é claro, que “dar certo” signifique “resolver meu problema”, ainda que não definitivamente (REGA, 2015).

Assim, remetem-se a abordagens anteriores, pois se apenas interessa o que é bom pra alguém, não há como pensar que irá se importar com a vantagem levada sobre o bem coletivo, com a real consequência disso para o coletivo.

Porém, os cidadãos brasileiros também cultuam esse individualismo exacerbado. Seria necessário existir a consciência de eleger governantes que se preocupem com o coletivo, que demonstrem interesses para com o social. As consequências de um mau governo, uma má administração, voltam-se contra a população que o elegeu, como mostra um *estudo realizado pelo Departamento de Competitividade e Tecnologia (Decomtec) da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP). O trabalho revelou os prejuízos econômicos e sociais que a corrupção causa ao País. O valor chega a 69 bilhões de reais por ano.*

As denúncias de corrupção vêm de todos os cantos do país e de todos os setores – públicos e privados. Denunciadas em parte pela imprensa, em parte por setores privados fiscalizadores, não se havia medido ainda o tamanho do rombo e o mais alarmante: o prejuízo que este montante de dinheiro causa em setores fundamentais, como educação, saúde, infraestrutura, habitação e saneamento. O relatório da Fiesp informa que o custo disso chega até R\$69 bilhões de reais ao ano. Segundo o levantamento, a renda *per capita* do País poderia ser de US\$9 mil, 15,5% mais elevada que o nível atual. Segundo dados de 2008, a pesquisa aponta que o custo médio anual da corrupção no Brasil representa de 1,38% a 2,3% do Produto

Interno Bruto (PIB), ou seja, gira em torno de R\$41,5 bilhões a R\$69,1 bilhões (FIESP, 2015).

Ou seja, a falta de consciência do cidadão brasileiro juntamente com a falta de preocupação com o coletivo e, principalmente, a falta da moral, da culpa e do ressentimento que faça frear a falta de escrúpulos do governante corrupto, faz com que o Brasil SEJA enfraquecido economicamente, que sua estrutura seja abalada. Assim, segmentos sociais tão importantes são prejudicados como a educação, a saúde. O preço que se paga pela corrupção é alto. E quem está pagando caro e sendo prejudicada é a população brasileira.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo que foi exposto, percebe-se a necessidade de uma sociedade mais integrada, com indivíduos e coletividade conscientes.

Somente haverá uma sociedade unida a partir do momento que se deixar as diferenças econômicas e sociais de lado, a partir do momento que se passar a respeitar o indivíduo, o ambiente em toda a sua totalidade. E que o todo perceba a importância de ter a consciência de se preocupar em agir em favor da sociedade, buscando melhorias não só para o sucesso individual como também o desenvolvimento coletivo. A partir do momento que se tenha a consciência que o aparato consumista é passageiro, alienador e destruidor de relações humanas. É importante que o homem desfça o pensamento que só o poder econômico é decisivo na sociedade, que desfaleçam os padrões do “ter” e do “ser”. Padrão que só individualiza e distancia as pessoas.

Necessária a mentalidade de que é possível viver dignamente tendo seu aparato econômico individual, mas, principalmente, não se pode deixar que o sistema econômico seja o protagonista das relações humanas.

Além disso, que o cidadão brasileiro reconheça a dimensão do problema da corrupção que pode surgir do seio familiar até o mais alto grau de poder. Que reconheça que para extinguir ou minimizar o mal da corrupção é preciso que a

população haja como cidadãos de verdade, capazes de derrubar a barreira do individualismo fazendo com que fortifique a relação entre o que é ser um cidadão e o que é ser indivíduo. Vale repetir que o indivíduo, quando é bem educado e conscientizado, torna-se um cidadão. Caso contrário, pode se transformar em um individualista que semeia a corrupção e que se exclui como parte do coletivo com objetivo de conquistar seus interesses. É necessário desfalecer o individualismo para pelo menos controlar a corrupção no Brasil.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

_____. *Tempos líquidos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

COSTA, Fernando Nogueira. *Cidadania e cultura. Sobre o individualismo e o liberalismo*.

Disponível em: <<https://fernandonogueiracosta.wordpress.com/2013/08/04/sobre-o-individualismo-e-o-liberalismo/>>. Acesso em: 10 abr. 2015.

FIESP – Federação das Indústrias do Estado de São Paulo. Departamento de Competitividade e Tecnologia. O preço da corrupção no Brasil: valor chega a R\$69 bilhões de reais por ano. Disponível em: <<http://sindjufemt.jusbrasil.com.br/noticias/2925465/o-preco-da-corrupcao-no-brasil-valor-chega-a-r-69-bilhoes-de-reais-por-ano>>. Acesso em: 16 abr. 2015.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Genealogia da moral: uma polêmica*. Tradução, notas e posfácio Paulo César de Sousa. São Paulo: Cia. das Letras, 1998.

SENNETT, Richard. *A corrosão do caráter: as consequências pessoais do trabalho no novo capitalismo*. Tradução de Marcos Santarrita. 14. ed. Rio de Janeiro: Record, 2009.

APRECIÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA PARA GARANTIR O MÍNIMO SOCIAL CONSTITUCIONALIZADO ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Werley Pereira de Oliveira¹

RESUMO

O direito constitucional do salário mínimo nacional concedido às pessoas com deficiência no Brasil volta-se aos direitos econômicos, sociais e culturais; portanto, alicerçado na cidadania. Em uma abordagem dedutiva e de procedimento monográfico, tendo-se como técnicas de pesquisa a revisão de literatura, o exame doutrinário e a análise de documentos oficiais, este artigo interessa abarcar esse benefício assistencial como direito social garantido pela Constituição de 1988 e analisar dispositivos infraconstitucionais que desvirtualizam tal direito quando se adequam determinadas exigências para que as pessoas com deficiência tenham acesso ao amparo social. Constata-se que a legislação infraconstitucional não suplanta as concepções minimalistas e restritivas. Surge a necessidade de apreciar o princípio da dignidade humana como balizador para garantir o mínimo social constitucionalizado a estas pessoas.

Palavras-chave: Benefício constitucional. Pessoas com deficiência. Dignidade humana.

DIGNITY OF THE HUMAN PRINCIPLE APPRECIATION TO ENSURE MINIMUM SOCIAL CONSTITUTIONAL PEOPLE WITH DISABILITIES

ABSTRACT

The constitutional right of the national minimum salary granted to people with disabilities in Brazil

turns to economic, social and cultural rights; therefore, based on citizenship. In a deductive and monographic procedure approach, taking as research techniques literature review, the doctrinal examination and analysis of official documents, this article encompasses this welfare benefit as a social right guaranteed by the 1988 Constitution and analyzes infraconstitutional devices disfigure that such right when it suited certain requirements for people with disabilities have access to social protection. It appears that the infraconstitutional legislation does not supplant the restrictive and minimalist designs. The need arises for appreciate the principle of human dignity as base to ensure social minimum constitutional these people.

Keywords: Constitutional benefit. People with disabilities. Human dignity.

1 INTRODUÇÃO

As discussões do fenômeno da desigualdade foram limitadas pelo paradigma estrutural até pouco antes de 1970. Debatiam a posição de mercado e a divisão do trabalho que determinavam a estratificação social. Com isso, todos os debates que estavam fora da dimensão econômica foram ativamente ausentados das discussões sociológicas, caracterizando, por assim dizer, a produção de não-existência das individualidades de gênero, de raça, de capacitismo, dentre outras pautas da agenda política, social e cultural; o que por sua vez, silenciava a Sociologia do cotidiano e as experiências sociais de base intersubjetiva dos

¹ Mestre em Desenvolvimento Social pela Universidade Estadual de Montes Claros (Unimontes). Graduando do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho.

atores em tentativa de autorrealização na condição de sujeito em sociedade.

A partir de 1970, sob a elasticidade do conceito de exclusão social, a face não reconhecida da sociedade, materializada pelos vários tipos de privações (social, política, econômica e cultural) foi denunciada. Desta forma, fala-se, neste contexto, de dois tipos de injustiças (desigualdade social e exclusão social). Na década de 1990, teóricos empreenderam pela identificação dos conflitos sociais que são justificáveis, numa gramática moral, para superação do desrespeito e da injustiça (HONNETH, 2009; FRASER, 2007).

Compreender as discussões acerca das situações de desigualdades e exclusão enfrentadas pelas pessoas com deficiência requer compreensão da forma híbrida de hierarquização da integração e da exclusão. Na modernidade, a desigualdade sofrida por estas pessoas aumentou significativamente com relação ao acesso ao mercado de trabalho; ocasionando, desta forma, novas formas de dominação e desigualdades.

Em uma dimensão moral e intersubjetiva da política, a teoria do reconhecimento com os seus propósitos de reconhecimento recíproco e de redistribuição possibilitam a discussão da questão das pessoas com deficiência na medida em que a denegação do princípio de autorrealização pessoal (autoconfiança, autorrespeito e autoestima) gera as lutas por reconhecimento; objetivando-se, com estes conflitos, combater a violação e maus-tratos, a privação de direitos e a desvalorização pessoal. Por sua vez, pelo princípio da paridade participativa, a teoria do reconhecimento viabiliza aos movimentos sociais das pessoas com deficiência condições para subsidiar, empiricamente, as políticas de redistribuição e de reconhecimento, tanto para justificar as lutas por justiça destas pessoas, quanto para avaliar as propostas que solucionarão as injustiças acometidas a elas.

Este artigo objetiva abarcar o Salário Mínimo Nacional (SMN) destinado às pessoas com deficiência como direito social garantido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), bem como analisar

dispositivos infraconstitucionais que desvirtualizam tal direito quando se adaptam a determinadas exigências para que as pessoas com deficiência tenham acesso ao SMN, denominado posteriormente como Benefício de Prestação Continuada (BPC). Para isto, este trabalho foi organizado em quatro seções. Esta introdução é seguida pela discussão que coloca a questão da deficiência como propósito da teoria do reconhecimento, alicerçada pelo princípio da dignidade humana. A terceira seção apresenta o mínimo social e as pessoas com deficiência no regramento da Assistência Social brasileira. A última seção consiste nas considerações finais deste estudo.

2 AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA: UMA BUSCA TEÓRICA À SOCIEDADE MAIS JUSTA

O inciso I do artigo 3.º da CRFB/1988 fundamenta a construção de uma “sociedade livre, justa e solidária” de modo a “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (inc. IV, art. 3.º da CRFB/1988). Alicerçados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, apreende-se, destes fundamentos, que dentre os objetivos necessários da República Brasileira a liberdade, a justiça e a solidariedade, bem como o princípio ético em que todos são dignos de igual atendimento por parte do Estado e de seus iguais, apresentam-se como valores que constituem a efetivação da dignidade humana.

A dignidade emana da própria condição humana. Portanto, vale destacar que o princípio da dignidade humana não imagina um direito à dignidade humana, mas ao direito a uma existência honesta, apelando ao reconhecimento, ao respeito, à proteção, à promoção e ao desenvolvimento da dignidade. Para Sarlet (2001), há dupla função do princípio da dignidade humana, a saber: defensiva e prestacional. Na primeira, ele remata preceitos que concedem direitos subjetivos de cunho negativo, isto é, a não violação da dignidade. Na

função prestacional, o princípio comina condutas positivas, indo ao encontro da proteção e promoção da dignidade.

Debater sobre uma sociedade justa, emancipada e livre de formas de exploração, dominação, subordinação cultural e exclusão social esteve presente nas discussões acerca da injustiça econômica com o discurso da igualdade. Em harmonia com esta mentalidade, o enquadramento da deficiência nas ciências sociais precisa ser compreendido nas discussões sobre a injustiça cultural ou simbólica com perspectiva à diferença.

Pereira (2007) busca a convergência² entre Bhabha e Said para chegar à conclusão de Ghai (2002) que pensa a questão da deficiência a partir do Sul.

O pós-colonialismo pode desestabilizar as tendências totalizantes dos discursos ocidentais. [...] [Ele] serve também como um veículo à emancipação, decorrente de sua capacidade de questionar as pretensões universalistas de uma identidade com deficiência e uma cultura universal de deficiência (GHAI, 2002, p. 96, *apud* PEREIRA, 2007, p. 6).

Esta autora inclui as pessoas com deficiência no sítio do pós-colonialismo para desconstruir teorias totalizantes que o Ocidente produziu sobre a questão da deficiência. Pereira ressalta que esta questão tem sido abordada sob diferentes perspectivas, tanto pelas sociologias apontadas

acima, quanto pelos estudos sobre a deficiência. O seu esforço, por entender que as diversas perspectivas, não são adversas nem totalitárias. Consiste em demonstrar que o conceito de tradução³ proposto por Santos (2002) deve ser utilizado para criar uma inteligibilidade dentre as várias perspectivas de abordagem da deficiência como forma de pensar uma sociedade mais inclusiva e emancipadora. Frisa-se, ainda Pereira, que este autor deixa no exterior de sua análise a questão da deficiência, focando apenas o racismo e o sexismo, na pós-modernidade, como as duas formas de hierarquização dos eixos de desigualdade e exclusão.

Por estar de acordo com Anita Ghai⁴, professora indiana e ativista dos direitos da pessoa com deficiência, Pereira (2007) afirma que a modernidade implantou novas formas de exclusão e dominação às pessoas com deficiência. Para Ghai, citada por Pereira (2007), a mudança de paradigma no entendimento da deficiência como fenômeno de análises correlacionadas com exclusão, dominação e opressão na sociedade, bem como com as teorias emancipatórias que apontam uma sociedade mais livre de formas de opressão, nasceu na década de 60 do século XX com a origem dos *disability studies*. Os estudos sobre a deficiência contestaram o modelo médico, questionando o poder da biomedicina e, também, enfocando o social como gerador de incapacidade e fonte essencial de exclusão. A relevância do modelo social se deve ao desenvolvimento teórico

² Segundo Pereira, na literatura dos estudos pós-colonialistas a questão da deficiência é nula. Para Bhabha (BHABHA, Homi K. *The location of culture*. London: Routledge, 1994), o pós-colonial tem, por natureza, o terreno do questionamento sobre a modernidade ocidental que, com seus discursos tentam normalizar as forças desiguais e irregulares da representação cultural. Na lista de Bhabha constam mulheres, negros, homossexuais e imigrantes do Terceiro Mundo. Said (SAID, Edward W. *Culture and imperialism*. London: Vintage, 1994) defende que um dos principais papéis da teoria pós-colonial está em desocultar o que foi silenciado e dar voz àqueles que nas relações de poder impositivas e desiguais foram apagados. Na lista de Said aparecem as feministas, os escritores africano-americanos, intelectuais, artistas, entre outros.

³ Santos (2002), diante do problema da extrema fragmentação ou atomização do real e o problema, derivado do primeiro, da impossibilidade de conferir sentido à transformação social – decorrentes da multiplicação e diversificação das experiências disponíveis e possíveis –, apresenta como alternativa a teoria geral o trabalho de tradução, a saber: “a tradução é o procedimento que permite criar inteligibilidade recíproca entre as experiências do mundo, tanto as disponíveis como as possíveis, reveladas pela sociologia das ausências e a sociologia das emergências. Trata-se de um procedimento que não atribui a nenhum conjunto de experiências nem o estatuto de totalidade exclusiva nem o estatuto de parte homogênea. As experiências do mundo são vistas em momentos diferentes do trabalho de tradução como totalidades ou partes e como realidades que se não esgotam nessas totalidades ou partes. Por exemplo, ver o subalterno tanto dentro como fora da relação de subalternidade” (SANTOS, 2002, p. 262).

⁴ GHAI, Anita. Disability in the indian context: post-colonial perspectives. In: CORKER, Mairian; SHAKESPEARE, Tom (Org.). *Disability/postmodernity; embodying disability theory*. London: Continuum, 2002.

de abordagem da deficiência pelas próprias pessoas com deficiência, assim como à dimensão política que se deu com a politização e a organização política das pessoas com deficiência.

As narrativas sobre as pessoas com deficiência demonstram que estes indivíduos seguiram um trajeto de dominação, consoante à evolução das sociedades. Sob a narrativa totalizante do modelo médico⁵, no contexto da modernidade, estas pessoas foram vistas como transgressoras e os seus corpos como o lugar que carecia de ser normalizado. Nesta abordagem médica, a questão da deficiência não está relacionada com as estruturas econômicas e sociais, mas se focam nos fatores da deficiência, vitimizando as pessoas com deficiência e as sentenciando à regularização ou normalização de seus corpos. Contrapondo esta narrativa, Sasaki (1997) refere ao modelo médico de deficiência àquele que atribui aos fatores encontrados pela pessoa com deficiência à sua própria condição de possível incapacidade de preencher as condições necessárias para a participação social. Sendo a deficiência compreendida como um problema do indivíduo, tendo ele próprio que se adequar à sociedade ou passar pelo poder da biomedicina. O modelo social, por sua vez, chama a sociedade a ver que ela cria problemas para as pessoas com deficiência, causando-lhes desvantagens no social e econômico.

Para atender ao princípio da dignidade da pessoa humana, é necessário pensar as situações vivenciadas pelas pessoas com deficiência de modo multidisciplinar, examinando os aspectos sociais, políticos, econômicos e culturais. Para além dos debates de desigualdades e exclusão, que a discussão da integralidade destas pessoas perpassa pelas ideias do reconhecimento recíproco e da redistribuição; e, desta forma, contribuir à política da redistribuição e do reconhecimento mutuamente.

3 DESVIRTUALIZAÇÃO DO BENEFÍCIO CONSTITUCIONAL POR DISPOSITIVOS INFRACONSTITUCIONAIS

Compreender o Benefício de Prestação Continuada (BPC) como direito social, garantido pela CRFB/1988, requer, minimamente, conhecer o lugar das pessoas com deficiência na Lei Magna do país.

No Brasil, o princípio de igualdade foi consagrado pela CRFB/1988, tanto pela vertente formal (igualdade perante a lei – direitos genéricos), quanto pela vertente material (tratamento diferenciado para as situações de desigualdades), de modo a alinhar as desigualdades evidenciadas (QUARESMA, 2001; FÁVERO, 2011). Com interesse maior ao viés da vertente material, destaca-se a norma de implementação do princípio da dignidade humana através do Estado que, estabelecendo regras de proteção e promoção dos direitos das pessoas com deficiência, visem à integração social destas pessoas.

Silva (2003) assinala que o tratamento desigual na CRFB/1988 existe porque há desigualdades – social, econômica e cultural. É justamente com a busca pela igualdade das condições desiguais, que se diminuem as implicações decorrentes das desigualdades notadas empiricamente. Destarte, as pessoas com deficiência são amparadas pelo tratamento legal diferenciado, de modo que seja garantida a elas a solidificação real e efetiva do princípio de igualdade.

Diversos dispositivos constitucionais deixam nítido o dever do Estado brasileiro em proteger, promover e integrar as pessoas com deficiência. Quanto à prestação de assistência social, o artigo 203 da CRFB/1988 assinala que, independente de contribuição à seguridade social, é obrigação do

⁵ Pereira (2007) lembra que o modelo trazido pela modernidade e pela biomedicina foi chamado por Nettleton de modelo biomédico e, depois ficou conhecido, conforme Barnes (2003; 2005), como modelo individual.

Estado garantir a promoção da pessoa com deficiência à vida comunitária por meio da habilitação e reabilitação, bem como garantir um salário mínimo de benefício mensal para a pessoa com deficiência que comprove não possuir recursos para provisionar sua própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

Apreende-se deste preceito a relevância da implementação de um direito social que confere bem estar e redução das desigualdades das pessoas com deficiência, realizando, de certa forma, a justiça social.

Com base nisto, pode-se dizer que desde 1988, ainda que na dimensão programática de um direito constitucional, e por isto de eficácia limitada, o Brasil se insere no cabeamento dos países que garantem transferência de renda de base não contributiva a cidadãos (pessoas idosas e pessoas com deficiência) que necessitam desse direito social. A materialidade desse direito “concretizou-se” com a regulamentação infraconstitucional da Lei Federal n.º 8.742, de 7 de dezembro de 1993 (Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS/1993) que, no artigo 20, estabeleceu o BPC. Grafa-se a expressão “concretizou-se” entre aspas porque com essa lei surgiram e surgem reflexões que permitem consagrar o BPC como uma política de direito de proteção para além da seguridade social, ou como um mínimo de proteção social da cidadania que favoreça a inclusão de pessoas idosas e de pessoas com deficiência no Brasil (SPOSATI, 2011). De acordo com esta autora, no âmbito do contrato social brasileiro, o direito constitucional do mínimo social destinado às pessoas com deficiência e pessoas idosas representou o caráter inaugural do acesso destas a um salário mínimo. Apesar de ter sido constituído em 1988, o mínimo social, denominado posteriormente como BPC pela LOAS/1993, foi implementado apenas e parcialmente, em janeiro de 1996.

A partir da regulamentação do mínimo social

por esta lei⁶ foram sobrepostas restrições na forma de acesso ao benefício assistencial de prestação continuada. Assim, o conjecturado avanço constitucional de regulação social desvirtualiza o alcance a um direito social e de cidadania. De tal modo, Sposati (2011) afirma que o BPC é um mínimo social que se tornou “um quase direito”, na medida em que seu acesso é submetido a novas formas de regulação *ad hoc*.

No âmbito do Sistema Único de Assistência Social (SUAS), o BPC está associado à Proteção Social Básica, sendo coordenado pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS) e operacionalizado pelo Instituto Nacional de Seguro Social (INSS), responsável pela concessão e revisão desse benefício. Os serviços básicos de proteção social básica são coordenados e organizados pela Secretaria Municipal de Assistência Social (SMAS) ou órgão congênere e/ou Centro de Referência de Assistência Social (CRAS). Esse benefício é provido pelo Estado⁷, financiado com recursos provenientes do orçamento da Seguridade Social e é repassado ao INSS pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS), por meio do Fundo Nacional de Assistência Social (FNAS).

O BPC é uma prestação social exclusivamente pecuniária, sendo seu repasse efetuado diretamente ao beneficiário. Ele não pode ser acumulado com outro benefício na esfera da Seguridade Social como, por exemplo, a aposentadoria. A assistência à saúde e à pensão especial de natureza indenizatória⁸ são exceções desta regra. Todavia, o valor da pensão especial de natureza indenizatória será considerado para cálculo da renda mensal familiar *per capita*. Para requerer o BPC, a pessoa solicitante ou representante legal deverá apresentar, junto ao INSS, documentação de identificação do requerente e dos componentes da família e de comprovação de renda. A concessão do benefício assistencial de prestação continuada ficará com

⁶ O Decreto Federal n.º 1.744, de 8-12-1995 e a Medida Provisória n.º 1.426/96 (posterior Lei n.º 9720, de 30-11-1998) complementam e retificam a regulamentação do BPC.

⁷ Nesse caso, Estado refere-se à União, que é a maior financiadora.

⁸ A pensão que as pessoas atingidas pela hanseníase recebem é um exemplo de pensão especial de natureza indenizatória.

deferimento condicionado a exame médico pericial e laudo realizado pelos serviços de perícia médica e equipe técnica daquele Instituto. O INSS comunica ao requerente se o benefício foi concedido ou negado. A cada dois anos, para avaliação da continuidade, o BPC é revisto. O pagamento do benefício cessa no momento em que forem superadas as condições que lhe deram origem ou em caso de óbito do beneficiário, bem como quando constar irregularidade na concessão ou utilização do benefício assistencial de prestação continuada, pois se trata de um benefício **individual, não vitalício e intransferível**.

A exigência para conceder o mínimo social às pessoas com deficiência e pessoas idosas, conforme inciso V do artigo 203 da CRFB/1988, era e ainda é, tão somente a ausência de meios de subsistência própria e/ou provida por sua família. Em vez de definir a insuficiência de meios de subsistência para saber quais seriam as pessoas com deficiência que teriam direito ao BPC, a LOAS/1993, no parágrafo 2.º do artigo 20, para efeito de acessar ao benefício, definiu pessoa com deficiência como pessoa “incapacitada para a vida independente e para o trabalho.” (FÁVERO, 2011). Além desta incompatibilidade e inconveniência da exigência de incapacidade para a vida independente e para o trabalho, prevista nesta Lei, há a condição de não ser sustentável pela família, de modo que, com essa gestão do BPC, a pessoa com deficiência que requerer o direito é duplamente vitimizada, pois além de ter que comprovar sua miserabilidade, para ter acesso ao BPC, a pessoa solicitante deverá provar a miserabilidade de sua família. Outra crítica forte ao poder disciplinador se refere à regra de renda familiar *per capita* de um quarto de salário mínimo, transformando, com isto, o direito constitucional do cidadão em benefício familiar. Além disso, o recebimento do benefício por um membro da família impede a outro de acessá-lo.

Sposati (2011) destaca que o caráter da regulação tardia do BPC é forte, tanto pela sua compleição, somente na década de 90 do século XX, quanto pela demora de sua regulamentação. O BPC é caracterizado pela forma de regulação

que garante um rendimento mínimo de provisão pública, isto é, independe de contribuição prévia para obter tais direitos, fazendo parte do regime assistencial de base não contributiva. Este mínimo social não é caracterizado como política de transferência monetária condicionada, ou seja, não exige contrapartida de seus beneficiários. Ele se apresenta como um direito social, baseado em avaliação de recursos.

No âmbito dos mínimos sociais, o BPC faz parte dos sistemas categoriais que definem a população atendida (pessoas idosas e pessoas com deficiência) associada à pobreza e exclusão social. Quanto ao critério de elegibilidade, a gestão do BPC é muito questionada, como já foi dito, ao disciplinar o acesso ao direito a partir do atestado de invalidez absoluta.

Defende-se que quanto maior for o público de pessoas com deficiência beneficiado com o mínimo social, melhor contribuirá na luta contra a pobreza e exclusão social. Mais uma vez, vale ressaltar que o poder disciplinador da LOAS/1993, em vez de deliberar ausência de meios de subsistência das pessoas com deficiência, conforme a CRFB/1988 que garante um salário mínimo a estes cidadãos, apresenta a incompatibilidade e inconveniência da exigência de incapacidade para a vida e para o trabalho. Além de ir contra o movimento mundial pela inclusão das pessoas com deficiência que se esforçam para advertir os potenciais e as capacidades destas pessoas, a definição de pessoas com deficiência, proposta pela lei em questão, não faz menor sentido no tocante a crianças e adolescentes, quando o poder disciplinador da LOAS/1993 analisa o conceito de incapacidade com um peso e duas medidas. Por um lado, se o BPC for requerido por crianças e adolescentes de até dezesseis anos de idade que possuam algum tipo de deficiência, basta verificar se tal deficiência consta nas legislações vigentes. Aos requerentes maiores de dezesseis anos de idade, por outro lado, o acesso ao direito constitucional é praticamente inviabilizado, quando para a obtenção do BPC, exige-se um atestado de incapacidade. Neste caso, em lugar de o mínimo social assumir a sua função

de transformar uma situação de exclusão em uma situação inclusiva, ele funciona para institucionalizar as piores situações detectadas das pessoas com deficiência; isto é, o BPC se transformou numa política de naturalização das piores situações detectadas por cidadãos, obscurecendo a potencialidade de encadeamento da luta por reconhecimento social das pessoas com deficiência.

Por ser um mínimo social que nasceu na CRFB/1988, visando combater a pobreza e exclusão social, o BPC, de fato, retira milhões de pessoas da linha pobreza; todavia, não fossem a condição de incapacidade para vida e para o trabalho e o critério de um quarto do salário mínimo de renda familiar *per capita*, previsto somente na LOAS/1993, esta política representaria potencialidade ao princípio da dignidade humana e à luta contra a pobreza e exclusão social.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Compreende-se o BPC como proteção de dimensão socioassistencial brasileira, alicerçada na justiça social, cujos princípios estão fundamentados. Incluir a questão das pessoas com deficiência no sítio do pós-colonialismo torna possível a desconstrução de teorias totalizantes produzidos, no Ocidente, sobre a questão da deficiência. Por conseguinte, possibilitará, com certeza, maior emancipação das pessoas com deficiência e uma sociedade mais livre de formas de dominação e exclusão.

A principal conclusão desta análise é que o princípio constitucional da proteção da dignidade da pessoa humana se torna necessário, pois possibilita ampliar os critérios infraconstitucionais, de modo a permitir ao aplicador, bem como ao intérprete da LOAS/1993 a utilização, em caso concreto, de elementos que prova a necessidade material mínima.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. *Loas anotada: lei orgânica de assistência social*. Brasília: MDS, 2009.

FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. Avanços que ainda se fazem necessários em relação ao benefício assistencial de prestação continuada. In: SPOSATI, Aldaíza de Oliveira (Org.). *Proteção social de cidadania: inclusão de idosos e pessoas com deficiência no Brasil, França e Portugal*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 179-189.

FRASER, Nancy. From redistribution to recognition? dilemmas of justice in a 'postsocialist' age. *New Left Review*, n. 212, p. 68-93, july.-aug. 1995.

FRASER, Nancy. From redistribution to recognition? dilemmas of justice in a 'postsocialist' age. In: SEIDMAN, Steven; ALEXANDER, Jeffrey C. (Org.). *The new social theory reader*. Londres: Routledge, 2001. p. 285-293.

FRASER, Nancy. A justiça social na globalização: redistribuição, reconhecimento e participação. Tradução de Teresa Tavares. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 63, p. 7-20, out. 2002.

FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? *Lua Nova*, São Paulo, n. 70, p. 101-138, 2007.

HONNETH, Axel. Redistribution as recognition: a response to Nancy Fraser. In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or recognition: a political-philosophical exchange*. London: Verso, 2003.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2009.

PEREIRA, Ana B. O corpo (-) sentido: o mal-estar da pós-modernidade: reflexões sobre

“deficiência” e doença crônica (2007).

Disponível em: <<http://cabodotrabalhos.ces.uc.pt/n2/ensaios.php>>.

Acesso em: 30 abr. 2011.

QUARESMA, Regina. Comentários à legislação constitucional aplicável às pessoas portadoras de deficiência. In: TEPERINO, Maria Paula.

Comentários à legislação federal aplicável às pessoas portadoras de deficiência. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SANTOS, Boaventura de Souza. Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 63, p. 237-280, out. 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SASSAKI, Romeu Kazumi. *Inclusão: construindo uma sociedade para todos*. Rio de

Janeiro: WVA, 1997.

SEN, Amartya Kumar; KLIKSBURG, Bernardo. *As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado*. Tradução de Bernardo Ajzenberg e Carlos Eduardo Lins da Silva. São Paulo: Companhia da Letras, 2010.

SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SPOSATI, Aldaíza de Oliveira. Benefício de prestação continuada como mínimo social. In: SPOSATI, Aldaíza de Oliveira (Org.). *Proteção social de cidadania: inclusão de idosos e pessoas com deficiência no Brasil, França e Portugal*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 125-178.

***ARTIGOS DE
EGRESSOS***

A TUTELA ANTECIPADA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

*Edmilson Araujo Rodrigues¹
Cynara Silde Mesquita Veloso²*

RESUMO

Esse trabalho tem por objetivo analisar a tutela antecipada no Estado Democrático de Direito a partir da sua adequação aos princípios constitucionais do devido processo legal. Em termos metodológicos, a pesquisa será classificada quanto à forma de abordagem de qualitativa e do ponto de vista dos seus objetivos será exploratória. No que se refere aos procedimentos técnicos adotados na análise, a pesquisa será definida como bibliográfica uma vez que será utilizado um referencial teórico por meio de doutrinas. Em vista disso, a investigação envolvendo a tutela antecipada terá como intento verificar se o que está sendo entabulado pela lei tem consonância ou não com o devido processo legal na perspectiva da teoria neoinstitucionalista do processo, matriz teórica que subsidiou a análise em comento. Os resultados da investigação levaram a considerar que, embora o instituto em destaque seja importante, há, pois, uma limitação em relação ao acesso à Justiça que não possibilita o contraditório e a ampla defesa para o polo passivo da relação processual. Essa restrição se refere à impossibilidade da participação do réu na fase preliminar do processo, uma vez que ao ser concedida a tutela provisória de urgência antecipada (TPUA) pelo modelo atual, o demandado fica submetido a uma decisão sem que tenha previamente participado do debate processual e contribuído com o resultado da decisão em respeito ao princípio da cooperação e contraditório. Por conseguinte, o estudo considerou também que a tutela antecipada da

forma como é normatizada, embora seja uma alternativa para “o autor que tem razão” (MARINONI, 2006), não se mostra razoável, dentro da perspectiva do devido processo legal. Diante disso, pode-se concluir que a TPUA deve ser aperfeiçoada e, com isso, acrescentar audiência de justificação prévia obrigatória na fase inicial do processo onde será respeitado o princípio do contraditório, da ampla defesa e isonomia.

Palavras-chave: Tutela provisória de urgência antecipada. Democracia. Devido processo legal. Teoria neoinstitucionalista do processo.

LA PROTECCIÓN TEMPRANA COMO LA DEMOCRACIA LEY

RESUMEN

Este trabajo tiene como objetivo analizar la medida cautelar en el estado de derecho democrático de su adecuación a los principios constitucionales del debido proceso. En cuanto a la metodología, la investigación se clasifica como al enfoque cualitativo y el punto de vista de sus objetivos será exploratoria. Con respecto a los procedimientos técnicos utilizados en el análisis, la búsqueda se establece en la literatura puesto que se utilizará una referencia teórica por doctrinas. En vista de esto, la investigación que implica una medida cautelar intentará verificar que lo que se está involucrado en numerosos por la ley es compatible o no con el debido proceso en el contexto de la teoría neo-institucionalista del proceso, marco teórico que apoya el análisis en el comentario. Los

¹ Doutorando em Direito pela Universidad Del Museo Social Argentino (UMSA). Graduado em Ciências Contábeis pela Universidade Estadual de Montes Claros. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito Santo Agostinho.

² Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professora Universitária na Universidade Estadual de Montes Claros e nas Faculdades Integradas Pitágoras. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros.

resultados de la investigación llevaron a la conclusión de que, aunque el instituto más destacado es importante, por lo tanto, no es una limitación en el acceso a la justicia que no permite la defensa contradictoria y llena de relación procesal del acusado. Esta restricción se refiere a la imposibilidad de la participación del acusado en la etapa preliminar, ya que se haya estimado protección provisional temprana urgencia por el modelo actual, el acusado está sujeta a una decisión sin que previamente participó debate de procedimiento y contribuyó con el resultado de la resolución en relación con el principio de cooperación y contradictoria. Por lo tanto, el estudio también encontró que la medida cautelar de cómo es estandarizada, aunque es una alternativa a “el autor que está bien” (MARINONI, 2006). No parece razonable desde la perspectiva de un debido proceso. Por lo tanto, se puede concluir que la protección provisional temprana urgencia debe ser mejorado y, por lo tanto, añadir la justificación previa obligatoria de la audición en el caso de la fase inicial que respete el principio de contradicción, la gran defensa y la igualdad.

Palabras clave: Protección provisional a principios de urgencia. Democracia. El debido proceso. La teoría neoinstitucionalista del caso.

1 INTRODUÇÃO

A tutela provisória é um conceito novo criado para compor o rol de direitos processuais previstos no Novo Código de Processo Civil de 2015 (NCPC) que entrou em vigor no ordenamento jurídico brasileiro em 18 de março de 2016 por meio da Lei n.º 13.105/2015. Esta nova forma de tutela jurisdicional de cognição sumária tem previsão indicada nos artigos 294 a 311 do NCPC. Embora com nomenclatura moderna, a nova Lei processual trouxe reminiscência da tutela antecipada prevista no art. 273 da Lei processual revogada de 1973 (CPC/73) e da tutela cautelar alocada no art. 796 e seguintes do CPC/73 outrora revogado.

Cumprir destacar que dentro do gênero tutela

provisória que engloba as tutelas de urgência e de evidência, o campo de análise será atinente à tutela provisória de urgência, sendo esta ramificada pelas tutelas provisórias de urgência cautelar e antecipada. Todavia, o foco do trabalho se abstém das demais espécies para centrar a sua abordagem na tutela antecipada, objeto de estudo em questão.

É importante salientar, outrossim, que o intento desse trabalho é analisar a tutela provisória na modalidade de urgência com ênfase na tutela antecipada a partir da sua adequação aos princípios constitucionais do devido processo legal, quais sejam: os princípios constitucionais do contraditório, isonomia e ampla defesa. É de todo proveitoso ressaltar que o desiderato aduzido é trazer uma discussão sobre o tema susodito e confrontar a teoria instrumentalista que instituiu a tutela provisória com a teoria crítica denominada teoria neoinstitucionalista do processo.

Ainda nesse linear, cabe ponderar que a TPUA é um instituto de suma importância para o ordenamento brasileiro, na perspectiva da teoria instrumentalista do processo vinculada ao estereótipo (do “autor que tem razão” e não pode suportar o ônus do tempo). Contrapondo essa análise, entende-se que a TPUA, para ser compatível com o devido processo legal, necessita de adaptações, visto que a decisão liminar entabulada na lei, não cria como regra a participação da parte adversa no limiar do processo, precedente à decisão judicial.

Nessa perspectiva, a decisão solipsista não tem compatibilidade com direito ao acesso à Justiça em sua plenitude, pensada em uma dinâmica bilateral, isto é direito de ação e direito de exceção. Essa reflexão cria mecanismos de análise sobre o princípio da igualdade de condições entre as partes e também em relação à aplicabilidade da paridade de armas prevista no art. 7.º do NCPC e ao princípio da cooperação.

2 TUTELA ANTECIPADA NO NOVO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

2.1 Conceito de tutela antecipada

O conceito de tutela antecipada pode ser delineado por um primeiro significado que, vindo

à tona, pode-se questionar: o que se antecipa, antecipa-se o quê? Em termos de vocabulário, significa fazer chegar ou ocorrer antes do tempo marcado, adiantar-se. Como explica a doutrina, o sentido de tutela antecipada: “[...] depreende-se do próprio significado da palavra, adiantar os efeitos da tutela que será concedida, ao final, satisfazendo a própria pretensão do autor, ainda que provisoriamente [...]” (CARMIGNANI, 2000, p. 23).

Para Zavascki (2009), o que se antecipa ao requerer a tutela é a eficácia social e não a jurídico-formal. No mesmo itinerário, Lopes (2002, p. 40) destaca a natureza interlocutória da tutela antecipada. Nota-se pois que a afirmação advém do esclarecimento de que não se trata esse instituto de uma sentença ou de julgamento antecipado do conflito, mas “de medida de caráter provisório que visa tutelar mais eficaz e prontamente o direito do autor sempre que ele preencher os requisitos exigidos pela lei.” (LOPES, 2002, p. 40).

É de todo conveniente assentar que, para concessão da tutela antecipada, devem ser levados em conta os pressupostos de admissibilidade, ancorados na probabilidade do direito e no perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Sendo imprescindível destacar que o CPC/73 elencava como requisito para a concessão da tutela antecipada a prova inequívoca e a verossimilhança da alegação.

Melo (2010, p. 36) delinea a tutela antecipada como sendo a proteção ou o amparo antes do tempo que lhe seria próprio. Convém mencionar por oportuno que a sobredita autora lembra que, para a maioria dos atores, a tutela antecipada “é a decisão que antecipa alguns dos efeitos da sentença definitiva.” (idem, ibidem).

Adstrito nessa clivagem, Leal (2014, p. 158) define a tutela antecipada como a aplicação por antecedência dos “conteúdos tutelares da lei pelo ato sentencial interlocutório”.

Para Mol (2012), trata-se de uma técnica processual de adiantamento da proteção da lei ou uma forma de precipitação do tempo para a proteção da parte, tendo em vista o seu direito

como visto por Carmignani (2000).

Na teoria do processo, os vários conceitos do que venha a ser a TPUA, parece haver uma unanimidade de que o seu significado está relacionado a uma medida de urgência ou à prestação jurisdicional que visa satisfazer o direito do autor antes do momento adequado, ou seja, da decisão. Mas a definição de TPUA tem que ser pensada e problematizada no prisma da pragmática em que o significado da controvérsia tem acento nos sujeitos e na linguagem por onde o leito da discussão se apresenta.

2.2 A tutela antecipada no novo Código de Processo Civil

A TPUA no NCPC está sob incipiente abordagem. Sendo assim, com a nova legislação, a tutela antecipada se tornou uma espécie do gênero da tutela provisória. Desta maneira, a norma atualizada inusitou ao trazer outra nomenclatura para as antigas denominações de tutela antecipada e cautelar, por meio de outro viés denominado de tutelas provisórias de urgência e evidência. Na primeira divisão (tutela provisória de urgência), comporta as tutelas já existentes no ordenamento jurídico brasileiro que são as tutelas antecipadas e cautelar que se dão de três maneiras (quanto ao peticionamento-protocolo-distribuição) que são as formas antecedente, cumulativa e incidental. Partindo para a segunda divisão da tutela provisória, encontra-se a tutela provisória de evidência que se efetiva por meio da distribuição de modo cumulativo. A obviedade do peticionamento ao processo de tutela de evidência tem como desiderato demonstrar que nessa tutela, conforme mostra o quadro a seguir, não existe o instituto nem na forma antecedente nem na forma incidental, visto que o pressuposto para a tutela de evidência é a “prova inequívoca”, pré-constituída similar aos requisitos de mandado de segurança (direito líquido e certo).

De modo esquematizado, segue o quadro com os institutos ora epigrafados:

QUADRO 1: Tipologias de tutelas provisórias

Tutela provisória			
Urgente			Evidente
Antecipada	Cautelar		Ocorre no momento da distribuição de forma cumulativa
Forma de peticionamento			
Antecedente	Cumulativa	Incidental	

Fonte: Elaboração própria (2016) com base no novo CPC, 2015.

Conforme o Quadro 1, de uma maneira geral o legislador resolveu colocar debaixo de um mesmo aparato judicial a tutela provisória que engloba todas as espécies de tutelas, mas cada uma delas com as suas especificidades dentro do novo Direito Processual Civil.

Desse modo, encampadas na tutela provisória do novo texto processual, as várias espécies de tutelas careceriam de um estudo pormenorizado. Contudo, essa pretensão não é objeto do presente trabalho que passará a descrever de forma perfunctória as espécies de tutelas recaindo assim, especificamente, na análise da tutela antecipada que receberá maior atenção.

Resulta assim confirmado que a tutela provisória é a soma de todas as tutelas denominadas de tutela de urgência e tutela de evidência. Devido à natureza abrangente do gênero tutela provisória, cumpre registrar a sua definição conforme está disciplinada pelo NCPC.

Nesse axial, conceitualmente, a tutela provisória é um aparato de técnicas que possibilitam ao magistrado de posse de determinados pressupostos, que circundam a presença da “urgência” ou da “evidência”, prestar tutela jurisdicional, seja de forma antecedente ou incidentalmente, com base em decisão instável (por isso, provisória) apta a *assegurar* e/ou satisfazer rapidamente, a pretensão do autor (BUENO, 2016).

Para Theodoro Junior (2016), além da forma antecedente prevista no art. 305 do NCPC e incidental alocada no art. 294 parágrafo único do NCPC, inclui-se também a forma cumulativa de peticionamento conforme o art. 308, § 1.º do NCPC.

No entendimento de Neves (2016, p. 411), a tutela provisória é proferida mediante cognição

sumária porque o decisor “ao concedê-la, ainda não tem acesso a todos os elementos de convicção a respeito da controvérsia jurídica”. Não obstante, destaca Neves que “excepcionalmente, entretanto, essa espécie de tutela poderá ser concedida mediante cognição exauriente, quando o juiz a concede em sentença”.

No que se refere à tutela provisória de urgência cautelar, essa está disposta no art. 294 do NCPC e pode ser concedida mediante as três formas dispostas no Quadro 1 citado anteriormente. Já a tutela de evidência se dá somente pela forma cumulativa conforme 311 do NCPC.

É de todo conveniente assentar que a tutela provisória de evidência tem suas particularidades divorciadas da tutela provisória de urgência, portanto ao fazer uma leitura mais apurada sobre o novo instituto (tutela provisória), descobre-se que a tutela provisória de evidência fora tratada pelo legislador com certo descuido que será analisado por meio de situações consignadas na sequência.

A primeira abordagem a ser feita sobre a tutela provisória de evidência é em relação à impossibilidade descrita sobre o pedido antecedente. Nesse diapasão, a legislação processual não autoriza pedido antecedente de tutela provisória de evidência, embora, para Neves, o pedido antecedente é plenamente possível conforme escólio tratado a seguir: “O aspecto negativo [...] fica por conta da exclusão da tutela [provisória] de evidência como passível de ser concedida de forma antecedente.” (NEVES, 2016, p. 413). E arremata o autor (2016) sobredito que a tutela provisória de urgência satisfativa e a tutela provisória de evidência se aproximam de forma significativa da TPUA, já que a única diferença

entre as tutelas se relaciona com os requisitos para sua concessão. Dessa forma, a satisfação fática é a mesma na tutela provisória de urgência antecipada e na tutela provisória de evidência. Insta destacar, pois que Neves (2016) entende que a tutela provisória de evidência seria similar à TPUA, uma vez que ambas as decisões em relação aos institutos seriam acolhidos pela estabilidade prevista no artigo 304 cumulado com artigo 303 do NCPC.

Em relação à TPUA, objeto do presente artigo, atualmente, está sob o manto da legislação do NCPC, mas possui antecedentes históricos. Essa espécie de tutela surgiu no ordenamento brasileiro no CPC/73 cuja reforma aconteceu, à época, por meio da Lei n.º 8.952, de 13-12-1994, que trouxe nova redação ao artigo 273 do CPC de 1973, com a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela em todos os processos de conhecimento.

Curial asserir, portanto, que o instituto da antecipação dos efeitos da tutela, precedente da TPUA, representara prática forense corriqueira.

Dentro desse panorama, a tutela antecipada vai sendo construída e amoldada em busca de uma efetividade que coloca em conflito a razoável duração do processo e o devido processo legal.

3 ESTUDO COMPARATIVO DAS ESPÉCIES DE TUTELA PROVISÓRIA

Para analisar a tutela provisória e suas espécies, é necessário um estudo comparativo entre os institutos a fim de evidenciar as similitudes e diferenças entre as modalidades. Por conseguinte, nota-se que a tutela provisória de urgência cautelar objetiva a proteção do processo. Já a TPUA tem como intento a satisfação do direito material.

Nessa direção, o ensinamento de Bueno (2016, p. 249) traz a definição de tutela provisória de urgência cautelar e TPUA com o seguinte comentário: a tutela provisória *cautelar deve* ser compreendida como uma técnica que busca *assegurar* o resultado útil ao processo. Em outro viés, a tutela provisória *antecipada* representa uma técnica que permite *satisfazer*, desde logo, a pretensão obtemperada pelo autor da demanda.

É importante destacar que as tutelas provisórias de urgência, sejam antecipadas ou cautelares, podem ser concedidas de forma antecedente ou de forma incidental. Essa possibilidade constitui a redação do art. 294 do NCPC que assim obtempera, *in verbis*:

Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em **urgência ou evidência**.

Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental. (grifos nossos).

Crivado na mesma entonação, a tutela provisória de urgência antecedente é utilizada quando ainda não há processo principal. Em outra direção, a tutela provisória de urgência incidental é constituída por meio de uma mera petição protocolada nos autos do processo já em curso denominado de processo principal.

Como consequência da abordagem da tutela de urgência que o NCPC trata como similares em termos procedimentais (a tutela cautelar e a tutela antecipada), não há dúvida de que a natureza jurídica das sobreditas espécies de tutela de urgência, conforme lições de Neves (2016), não podem ser modificadas pela vontade do legislador. Nessa quadra de ideias, a distinção do instituto, embora considerados similares em determinada rubrica, permanece inalterada a distinção entre a tutela cautelar como garantidora do resultado útil e eficaz do processo e a tutela antecipada representando como desiderato fundamental à satisfativa do direito da parte no plano fático.

4 A TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA ANTECIPADA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL POSTECIPADO

O devido processo legal é um complexo amplo porque engloba todas as demais garantias “não somente processuais como também as substanciais.” (LASPRO, 1999, p. 195). No entendimento de Tucci (1997, p. 88) citado por Laspro (1999, p. 196), “a garantia constitucional do devido processo legal deve ser realizada durante múltiplas etapas do processo judicial, de sorte que ninguém seja privado de seus direitos [...]”.

Se se examinar a partir desses pressupostos a tutela provisória de urgência antecipada e a teoria neoinstitucionalista do processo, constata-se que as duas perspectivas processuais têm uma nítida contraposição. Conforme se denota, a teoria processual instrumentalista que gestou a tutela provisória de urgência antecipada não considerou o direito à isonomia, ao contraditório e à ampla defesa defendidos pela teoria neoinstitucionalista do processo.

É digno de nota aduzir que a tutela provisória de urgência antecipada pode ser colocada em questionamento, uma vez que não possibilita a inserção de tais princípios adrede destacados na fase inicial da lide jurídica. É inegável, outrossim, que essa não observação plena do devido processo legal tem causando, desse modo, uma desobediência as garantias constitucionais. Conforme a teoria neoinstitucionalista do processo, deve-se adotar uma perspectiva “não hegeliana de Estado” como norteadora do estudo atual do processo autônomo juridicamente (LEAL, 2014, p. 28). Dessa forma, o autor citado é defensor de um conceito de processo como instituição que se pautela pela autonomia jurídica constitucionalizada “que requer cidadania ao nível da igualdade institucional.”

Em relação ao devido processo legal, Madeira et al (2005) observam que não há como pensar em processo sem observar o respeito aos ditames da Constituição Federativa do Brasil de 1988.

Para o constitucionalista Baracho (2008), o processo constitucional somente se efetiva mediante os pressupostos do contraditório, isonomia e ampla defesa. Nessa toada, assegura o Professor que as partes devem ter a garantia dos seus direitos pela oportunidade de defesa fazendo valer assim suas provas. Defende a igualdade das partes “em todas as fases de atuação do processo.” (BARACHO, 2008, p. 13).

Entre tais direitos, está o princípio da igualdade tão solicitado no presente trabalho em virtude da sugestão de se transformar a tutela em algo mais democrático. Desse modo: no estado de direito, os cidadãos desfrutem, em condições de igualdade, das liberdades formais e materiais,

ressaltando-se que as funções exigidas ao Poder Judiciário sofrem mutações constantes (BARACHO, 2008, p. 228-229).

Olhando por outro ângulo, Leal (2014) acolhe uma postura divergente da preconizada por Baracho (2008), e adverte que a escola constitucionalista do processo ainda não coaduna com os fundamentos do Estado Democrático de Direito, uma vez que essas teorias se encontram cravadas nos marcos hermenêuticos dos Estados liberal e social de direito.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 depõe no seu art. 5.º, inciso LIV, sobre o princípio do devido processo legal e destaca que “LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

Com efeito, a ordem jurídico-constitucional brasileira, com essa determinação expressa, assume o propósito de contribuir para o melhor funcionamento do processo civil e de outros ramos do Direito. Todavia, a tutela provisória de urgência antecipada não é um instrumento democrático, uma vez que acaba por infringir a lei suprema do País não possibilitando o devido processo legal já garantido constitucionalmente.

Para Mattos (2009), o devido processo legal é um direito fundamental vinculado ao intento de um processo justo ou decisão justa.

Na visão de Leal (2002), o debate sobre uma decisão justa é um *trilema*, visto que não se sabe a posição que diversas escolas metodológicas de interpretação jurídica assumem. Nesse sentido, afirma o jurista: “A questão assume versões de saber se uma **decisão justa** integraria uma jurisprudência de conceitos, valores ou interesses sociais imediatos ou mediatos.” (LEAL, 2002, p. 82, grifos originais).

Leal (2002) destaca que não é tarefa fácil, quiçá inalcançável, obter uma Teoria da Justiça que mostre a melhor decisão definida por “metodologias complexas (fogos de linguagem) neutralizadas de qualquer suspeita sentimentalista ou ideológica.” (LEAL, 2002, p. 82-83).

Com esse norte e dentro de uma perspectiva da hermenêutica jurídica (LEAL, 2014; 2002), conduz a um olhar mais crítico para as fontes de conhecimento do Direito. O jurista é adepto de

um método crítico reconstrutivo que coloca a Ciência Jurídica em pressupostos dialógicos em respeito ao devido processo legal.

Ao que se percebe, a Constituição brasileira somente estabelece a lei pertinente do devido processo legal, mas não traz sua conceituação, o que será feito pela doutrina.

A começar pela teoria neoinstitucionalista do processo, o devido processo legal “quer significar o modo (processo) imposto (devido) pela lei natural de igualdade entre iguais revelado pelo Rei.” (LEAL, 2014, p. 41).

Na trajetória da hermenêutica, Mattos entende o princípio do devido processo legal (2009, p. 194), em primeiro lugar, como “um processo materialmente informado por direitos fundamentais [...] processuais como, por exemplo, o contraditório e a ampla defesa [...], a igualdade das partes, o direito à prova, etc.”.

Nesse sentido, ressalta Leal (2014) que uma lei tem sua legitimidade reconhecida quando não fere os direitos fundamentais. Por isso, ao lesar tal princípio, a tutela provisória de urgência antecipada assim concedida, prejudica o devido processo legal inerente ao Estado Democrático de Direito.

É nesse quadro que Leal (2014) propõe o devido processo constitucional como norteador das práticas jurisdicionais “e não mero instrumento da jurisdição nos moldes idealizados pela escola instrumentalista do processo.” (VELOSO, 2008, f. 302).

Nesse contexto, Leal (2014) faz uma crítica à figura do juiz controlador que mais se adapta à linha teórica bulowiana, de aceitação de aspectos arcaicos do processo como relação jurídica nos moldes instrumentalistas de um processo constitucional.

Deve-se ressaltar que a tutela provisória de urgência antecipada está nesse contexto processual ilustrado e combatido por Leal. Logo, sem a aderência a um devido processo constitucional, o instituto não respeita o devido processo legal e, portanto, seus componentes: ampla defesa, contraditório e isonomia. Há de se observar que a tutela provisória de urgência antecipada não possibilita ao requerido uma audiência de justificação prévia. Esse mecanismo contraria o

princípio da cooperação e prejudica o contraditório, rechaçando o devido processo legal.

Em uma perspectiva do contraditório, assevera Mol (2012, p. 13) que tutela antecipada, desde que foi modificado o artigo 273 do Código de Processo Civil brasileiro de 1973, pela Lei 8.952, de 13 de dezembro de 1994, vinha “[...] sendo deferida de **forma indiscriminada** pelos órgãos jurisdicionais [...]”.

Essa advertência de Mol tem que ser tomada a sério porque não é possível admitir um instituto como a tutela provisória de urgência antecipada, vista somente na perspectiva de unilateralidade.

Pelo que Leal adverte, as tutelas provisórias de urgência, que incluem a tutela antecipada, passam por pressupostos solipsistas e, por isso, em nome de uma agilidade judicial, acaba por não respeitar o princípio da isonomia ou do devido processo “a ser adotado e aberto a todos (difusa e concentradamente) desde o início da produção da constitucionalidade” (LEAL, 2005, p. 8).

Diante de esse olhar envolvendo as partes no processo e em respeito à segurança jurídica e ao princípio do contraditório, Mattos (2002) destaca que a bilateralidade e a reciprocidade é a conexão que propicia a reflexão armazenada na processualidade democrática, estruturada no devido processo legal efetivo, visto que o processo não pode ser tratado como uma razão unilateral.

É importante destacar que o processo democrático pressupõe a possibilidade de comunicação. Sendo assim, pensar diferente contraria o processo do discurso. Por isso, Siebeneichler (1999) assevera que a comunicação é a maioria que contribui para a união entre falantes e ouvintes, uma vez que, havendo a interrupção da comunicabilidade, essa é silenciada, momento em que há o encontro do sujeito com a solidão.

Nessa perspectiva, a ideia aqui desenvolvida, vai ao encontro da visão kantiana de uma razão individual que seria suficiente para a ação do sujeito nos processos de “produção e fundamentação da norma moral.” (GALLUPO, 2002, p. 107).

Diferentemente dos postulados defendidos por Kant em sua teoria da *Razão Prática* que reconhece um “*Solipsismo metódico*” nas palavras

Galuppo, há a defesa de Habermas que prima por uma filosofia da linguagem cujo foco é consciência coletiva de modo que inclua dois sujeitos na construção das regras de ação. Em outras palavras, mencionadas por Galuppo, regras de ação “pressupõem pelo menos duas pessoas, uma das quais deve funcionar como critério para verificação do cumprimento ou descumprimento da regra.” (GALLUPO, 2002, p. 108).

Ademais, na perspectiva de Freud e Nietzsche “[...] não existe a razão sem o seu ‘outro’. E a razão torna-se necessária a partir deste ‘outro’.” (SIEBENEICHLER, 1999, p. 65).

Dito de outro modo, o processo requer uma maturação que se efetiva com a participação dos litigantes. E mais, o conflito de interesse pressupõe dualidade, ao reverso de uma decisão que é estabelecida com a participação apenas do autor à margem do réu, vítima da celeridade temporal alheia ao contraditório.

Seguindo esse raciocínio, constitui fio condutor da discussão a temática envolvendo a perspectiva da dualidade em contraste à decisão solitária e sem o diálogo. Caminhar nesse viés é perceber uma democracia individualista, contrária à participação das partes no processo.

Portanto, com essas colocações no âmbito democrático, a questão a ser pensada é sobre o tratamento atento à celeridade que não pode antecipar à necessária maturação de um processo, sob pena de refutar o princípio do contraditório como de parca importância.

Nesse sentido, é necessário destacar as lições de Galuppo (2006) que revelam o fenômeno jurídico como um sistema ficcional em que a organização da sociedade passa por dogmas jurídicos que reforçam a magia das instituições. Dessa forma, percebe-se que o Direito é um regramento pautado na incongruência de seu discurso, isto é, ao mesmo tempo em que o Estado por meio do Judiciário protege o cidadão da autotutela, contraria o discurso ao criar um instituto que privilegia a unilateralidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho, objetivou-se, de modo geral, analisar a tutela antecipada no Estado Democrático

de Direito a partir da sua adequação aos princípios constitucionais do devido processo legal. Tal adequação leva a concluir que esse instituto não está em consonância com abertura de um espaço discursivo processualizado, uma vez que não inclui a participação do réu no processo em sua fase inicial.

O estudo constatou que a tutela provisória de urgência antecipada não se ajusta aos princípios do Estado Democrático de Direito, visto que há uma supressão das garantias processuais do contraditório, da isonomia e da ampla defesa.

Ao que se percebe, a tutela provisória de urgência antecipada pensada na perspectiva da probabilidade de o Direito contrariar os princípios da isonomia, do contraditório e da ampla defesa e, conseqüentemente, criar uma anomalia ao devido processo legal. Por conseguinte, esses elementos são essenciais para que seja garantido um direito democrático em que haja a participação de todos os demandantes nos ritos procedimentais, principalmente na fase inicial do processo, como mecanismo de contribuir de forma democrática na decisão a ser efetivada.

Tomando como pressupostos as teorias neoinstitucionalista do processo de Leal, e teoria da discussividade de Habermas, foi possível averiguar que, uma vez instituídos dentro do arcabouço da instrumentalidade do processo, os aspectos normativos que regem a tutela provisória de urgência antecipada não estão adequados a um contexto de pós-modernidade.

Os resultados da pesquisa permitiram responder que o campo do Direito é facilmente passível de questionamentos das suas verdades absolutas, sobretudo quando não há, como se observou, o devido processo legal no instituto da tutela provisória de urgência antecipada, criada pela corrente instrumentalista, que valoriza a celeridade em prejuízo do devido processo legal.

Assim, com essa decisão solipsista, não se respeita o devido processo legal, uma vez que as partes são tratadas em completo desrespeito ao contraditório, o que inviabiliza a discussividade que pressupõe o outro, visto que “não existe razão sem o outro”. Necessária, pois, a sua inclusão como forma de validar o Estado da pós-modernidade, não somente de Direito, mas do Estado Democrático de Direito.

Revestida de uma ideologia ultrapassada, sob a máxima da *in altdita autera pars*, diretriz imposta no leito de Direito, a tutela provisória de urgência antecipada contraria o acesso à Justiça da parte adversa, tendo como intento a celeridade processual à margem dos princípios democráticos do contraditório, da isonomia e da ampla defesa.

De acordo com a teoria neoinstitucionalista do processo, o espaço processual deve dar garantia ao debate entre as partes, na medida em que deve possibilitar aquilo que já previa os romanos no brocardo *auditur auter pars*. Essa perspectiva retira a figura do juiz Hércules que, com seus poderes, decide não dar ao réu espaço de discursividade. Desse modo, ao réu deve ser dado o direito de participar de todas as fases do processo de modo a ter uma ampla defesa que o permita estar em paridade de armas com a parte adversa.

Considera-se nesse estudo que a tutela provisória de urgência antecipada deverá ser apreciada mediante a participação do réu, sendo-lhe permitida uma audiência de justificação prévia obrigatória. Por isso é que se defende a necessidade da audiência de justificação prévia obrigatória como forma de o réu poder manifestar no processo, sob pena de uma decisão solipsista e desconectada com a dialogicidade.

REFERÊNCIAS

- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.
- CARMIGNANI, Maria Cristina da Silva. *A origem romana da tutela antecipada*. São Paulo: LTr., 2000.
- GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: estado de democrático de a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- LASPRO, Oreste Nestor de Souza. Garantia do duplo grau de jurisdição. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MADEIRA, Dhenis Cruz et al. Processo, jurisdição e ação em James Goldschmidt. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). *Estudos continuados de teoria do processo: a pesquisa jurídica no curso de mestrado em direito processual*. v. 6. Porto Alegre: Síntese, 2005.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MATTOS, Patrícia Castro. *As visões de Weber e Habermas sobre direito e política*. Porto Alegre: SAFE, 2002.
- MATTOS, Sergio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2009.
- MELO, Maria Rita de Carvalho. *Aspectos atuais da tutela antecipada*. São Paulo: Verbatim, 2010.
- MÓL, Ana Lúcia Ribeiro. *Antecipação de tutela: sem a prévia oitiva do réu no estado democrático de direito*. Montes Claros: Ed. Unimontes, 2012.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- SIEBENEICHLER, Flávio Beno. *Jurgen Habermas: Razão comunicativa e emancipação*. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1994.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2016.

VELOSO, Cynara Silde Mesquita. *Súmulas vinculantes como entraves ideológicos ao processo jurídico de enunciação de uma*

sociedade democrática. 2008. Tese (Doutorado em Direito)–Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*. São Paulo: Saraiva. 2009.

DISSOLUÇÃO IRREGULAR E RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA: quando os sócios-gerentes passam a se responsabilizar pelos débitos fiscais

Igor Coelho Antunes Ribeiro¹

RESUMO

O presente estudo tem por escopo a análise da Súmula 435 do Superior Tribunal de Justiça, editada a partir do Recurso Especial 738.512, em que se pacificou o entendimento no sentido de a dissolução irregular da empresa, provocada pela ausência de atividade empresarial no local em que o contribuinte elegeu como seu domicílio, sem a prévia comunicação ao Poder Público, enseja o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente. Pretende-se abordar ainda os diversos pontos de vista acerca do tema, em especial no que tange à perspectiva da atividade fiscal no atual momento brasileiro. Sabendo das dificuldades existentes na comparação entre institutos pertinentes ao tema, pretende-se ainda, traçar distinções relevantes sobre o poder de gerência no Direito Empresarial, bem assim da sua responsabilização no campo tributário. Apresentar as principais correntes e posicionamentos manifestados pelas teorias doutrinárias e jurisprudências do país, também são propostas deste trabalho.

Palavras-chave: Dissolução irregular. Sócio-gerente. Redirecionamento.

DISSOLUTION ERRATIC AND TAX LIABILITY: when the managing partners become responsible for fiscal debits

ABSTRACT

This study has the scope of the analysis of the summary 435 of the Superior Court of Justice, edited from the Special Appeal 738.512, in which pacified the understanding towards the irregular

dissolution of the company, caused by the lack of business activity in the place where the taxpayer has chosen as his home, without prior notice to the Government entails the redirection of tax enforcement for the managing partner. It also aims to address the various views on the subject, especially regarding the prospect of fiscal activity in the current Brazilian time. Knowing the difficulties in comparing relevant institutes to the subject, it is intended to still make relevant distinctions about power management in business law, as well as its accountability in the tax field. Present the main currents and positions expressed by the doctrinal theories and country case law, are also proposed in this work.

Keywords: Irregular dissolution. Managing partner. Redirection.

1 INTRODUÇÃO

O desenvolvimento das atividades estatais na obtenção de recursos que viabilizem seus planejamentos é o grande passo para a consecução dos anseios sociais. Nada mais natural, por ser a própria beneficiária, que a sociedade deva contribuir para que isso ocorra.

Malgrado não seja o único sustentáculo da arrecadação estatal, os tributos ocupam maior expressão dentre os meios de financiamento público. O Código Tributário Nacional, em seu artigo 3.º, define os tributos como sendo 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.”.

¹ Mestrando em Desenvolvimento Social pela Universidade Estadual de Montes Claros (Unimontes). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito Santo Agostinho (FADISA). Pós-graduado em Direito Público.

Devido à força impositiva da carga tributária nacional, estão os contribuintes obrigados a quitá-los. Essa, entretanto, não é a única hipótese de sujeição ao fisco. Além do contribuinte, o responsável tributário também é sujeito à exação fiscal. O que não se espera dos entes tributantes, bem assim das autoridades judiciais, é a concretização de medidas que imponham a estas o pagamento daquilo que não lhes é devido.

Ao lado das legislações que já dispõem sobre o tema, os principais Tribunais do país têm ampliado as hipóteses de responsabilização tributária, incluindo como obrigado tributário pessoa alheia ao contribuinte direto.

O Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do que acima se diz, introduziu nova hipótese de responsabilização fiscal ao assentar que, ocorrendo a dissolução irregular da empresa executada, poderá o sócio-gerente ser pessoalmente responsabilizado. Esta noção está compreendida atualmente na Súmula 435 deste referido Tribunal.

O rol de possibilidades, embora pareça taxativo no Código Tributário Nacional (CTN), vem sendo interpretado de maneira prejudicial ao cidadão considerado hipossuficiente na relação tributária. Essas medidas, além de ilidirem qualquer manifestação em contrário, contribuem com o atual momento brasileiro, em que as insatisfações perante o sistema de tributos é, sem dúvida, um dos maiores questionamentos da sociedade. Aplicar a legitimação passiva àqueles que não se enquadravam dentre das hipóteses legalmente previstas é restringir a própria garantia de segurança e certeza dos membros da sociedade.

O objetivo do presente estudo passará, portanto, pela análise do enunciado da Súmula 435 do Superior Tribunal de Justiça, em que se pacificou que nos casos de dissolução irregular da empresa, fica o sócio-gerente da empresa dissolvida responsável pelas dívidas tributárias. Alguns objetivos específicos também serão delineados, como compreender a sistemática da responsabilidade tributária, tal como propõe o Código Tributário Nacional, analisar a distinção entre sócios e sócios com poderes gerenciais e, ainda, analisar os recentes aportes jurisprudenciais no que tange à dissolução irregular da empresa.

2 DESENVOLVIMENTO

A relação obrigacional tributária, assim como acontece no Direito Processual, também é polarizada em sujeito ativo e passivo. A sujeição ativa é compreendida pela atuação do Fisco, notadamente pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal. Os entes tributantes possuem a função de arrecadação de recursos que viabilizem finalidades sociais diversas.

Esta arrecadação, de cunho eminentemente patrimonial, atinge as receitas auferidas pelos sujeitos passivos destas obrigações, sejam elas jurídicas ou físicas, denominados, por própria disposição legal, de contribuintes e responsáveis.

A competência tributária instituída ao fisco, no entanto, não pode ser aplicada de maneira ampla e irrestrita. Por força dos comandos constitucionais intitulados em sua redação de “Limitações ao Poder de Tributar”, vedar-se a ocorrência de algumas situações sempre que a arrecadação de valores possa ser considerada ilegítima, desproporcional ou simplesmente fora dos parâmetros legais.

As finalidades do tributo caracterizam os meios pelos quais o Fisco imporá a exação fiscal. Os signos da fiscalidade, extrafiscalidade e parafiscalidade representam os valores teleológicos em que o legislador retira da lei as categorias jurídicas que buscam cumpri-la.

O caráter fiscal centraliza a vontade do Estado em tão somente arrecadar recursos para abastecer os cofres públicos, sem que outros interesses estatais venham convergir no direcionamento de suas atividades. Do contrário, não se pode falar o mesmo da extrafiscalidade, eis que decorre do próprio objetivo do fisco em manter a intervenção das situações econômicas e sociais atinentes ao contribuinte. A parafiscalidade tributária, por sua vez, decorre da vontade da lei em nomear sujeito diverso do fisco para promover as funções de arrecadação e fiscalização dos tributos como forma de assegurar o desenvolvimento de algumas das suas entidades, a exemplo do que ocorre com o pagamento de contribuições sociais aos conselhos de classe profissionalizantes.

De toda sorte, a cobrança do tributo é mecanismo eficaz para a arrecadação de capital e, por consequência, dos investimentos sociais que destinam os anseios do cidadão. Sem a sua cobrança, o Estado não consegue realizar suas atividades essenciais, levando à natural tendência de realizá-las por intermédio da monopolização das atividades econômicas, o que não se afirmaria como medida eficaz à reciprocidade das prestações.

Assim, se a função desempenhada pelos tributos é de essencial importância à consecução das atividades sociais organizadas pelo Poder Público, a sua concretização é precípua a todos os cidadãos, sendo certo afirmar que a ausência de pagamento pelos legitimados passivos tende a provocar acentuados prejuízos à própria coletividade.

O Direito Empresarial, tal como ciência interligada aos estudos tributários, traça algumas distinções necessárias à compreensão das responsabilidades de cada sócio perante o fisco. Isso porque, a responsabilidade de cada sócio será formulada de acordo com os seus poderes empresariais, vale dizer, se ao exercê-los, possuem, ou não, poderes para administração.

O Código Civil brasileiro preconiza em seu artigo 997, inciso VI, que o contrato social de constituição da empresa deverá esclarecer as “pessoas naturais incumbidas da administração da sociedade, e seus poderes e atribuições”. Dispõe ainda em seu artigo 1.013 que nada dispondo o contrato social, a administração da sociedade competir-se-á separadamente a cada um dos sócios, o que revela a obrigatoriedade de cada pessoa jurídica constituir pessoa com poderes de gerência.

Malgrado atribua-se a denominação de sócio-gerente, nada obsta que a sociedade constitua apenas um administrador, sem, contudo, ter vínculo societário perante essa empresa. Nessas hipóteses, a responsabilidade dos administradores de empresa será a mesma prevista para os sócios-gerentes quando ligadas a fatos decorrentes das suas atividades.

A noção de administrador está legitimamente relacionada ao caráter estrutural da empresa, na

qual possibilita que a ela exerça suas atividades em detrimento das finalidades sociais almejadas. Daí se falar que os administradores poderão realizar qualquer ato de gestão quando do exercício regular dos poderes que lhe foram conferidos.

A preocupação legislativa em assegurar o funcionamento regular da empresa pode ser vislumbrada também na disposição contida no artigo 1.011 e § 1.º, do Código Civil de 2002 (CC), que impossibilita o exercício dessa função em determinadas hipóteses, *in verbis*:

Art. 1.011. O administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios.

§ 1.º Não podem ser administradores, além das pessoas impedidas por lei especial, os condenados a pena que vede, ainda que temporariamente, o acesso a cargos públicos; ou por crime falimentar, de prevaricação, peita ou suborno, concussão, peculato; ou contra a economia popular, contra o sistema financeiro nacional, contra as normas de defesa da concorrência, contra as relações de consumo, a fé pública ou a propriedade, enquanto perdurarem os efeitos da condenação.

[...].

Os sócios detentores dos poderes de gerência, todavia, responderão solidariamente perante a sociedade, bem assim de terceiros eventualmente prejudicados por culpa no desempenho de suas funções, segundo o art. 1.016 do CC. Ocorrendo qualquer ato culposo e prejudicial a terceiros ou à própria sociedade, terá o sócio-gerente, pois, que responder pelos eventos danosos.

Por outro lado, aquele que exerce apenas a função de sócio perante a empresa, terá sua responsabilidade declarada apenas por fatos constantes em lei ou se dependentes do tipo societário escolhido, como é o caso das sociedades ilimitadas.

Consistindo o pagamento de tributos em ato pertinente à gestão da sociedade, o Código Tributário Nacional instituiu em seu art. 135, a possibilidade de ensejo à responsabilização dos sócios administradores, quando provocadas em decorrência das suas funções.

Consoante disposição expressa do art. 121, inc. II, do CTN, o sujeito passivo da relação tributária não se limita apenas à figura do contribuinte, mas também daquele que de algum modo, é compelido ao recolhimento dos tributos. Trata-se da figura do responsável, que perante a legislação tributária pátria pode ser interpretada mediante dois sentidos. Pelo sentido amplo da palavra, entende-se que a sua responsabilidade decorre do fato em que o fisco poderá exigir a prestação da obrigação tributária. Em sentido estrito, por sua vez, é empregada em virtude de disposição normativa àquele que, não sendo contribuinte, vincula-se ao fato gerador.

Para que lhe seja atribuída a responsabilidade tributária, porém, é necessário que este tenha relação, pessoal e indireta, com a situação jurídica deflagradora da relação jurídico-tributária. A pessoalidade diz respeito à vinculação do responsável com a pessoa ligada diretamente ao fato gerador, o contribuinte. Por outro lado, se considerado direto o contato com o fato gerador, não restará configurada a sua responsabilidade, mas sim da existência do próprio contribuinte. Disso sucede que a relação pela qual o responsável possui com o aspecto material da relação jurídica há de ser indireta.

O caráter indireto da responsabilidade, segundo Coelho (2009 p. 647), “dá-se por transferência do dever de pagar em razão de sucessão *causa mortis* ou *inter vivos*, ou por sub-rogação legal de terceiros (responsáveis).”.

Sobre o tema, importante esclarecer, a teor do que salienta Sabbag (2009, p. 638), que

Em primeiro lugar, o responsável é um terceiro, mas o legislador não tem liberdade para designar qualquer terceiro como responsável tributário, porque o mencionado dispositivo legal determina que esse terceiro tenha uma vinculação de qualquer natureza com o fato gerador da respectiva obrigação. Assim, esse vínculo pode ser de qualquer espécie, menos de natureza pessoal e direta, porque quem o tem é o contribuinte. Em segundo lugar, a atribuição da responsabilidade tributária à terceira pessoa só pode ser por lei formal, porque o responsável é espécie de sujeito passivo, e esse só pode ser determinado por lei em sentido estrito.

Em terceiro lugar, a lei, ao designar o terceiro como responsável tributário, pode excluir a responsabilidade tributária do contribuinte por meio da figura da “substituição tributária”, ou atribuí-la ao mesmo contribuinte em caráter supletivo do cumprimento da obrigação tributária, caso de “responsabilidade tributária propriamente dita”.

Em linhas gerais, a previsão da responsabilidade no Código Tributário Nacional decorre da incidência nas relações jurídicas que levam em conta o interesse comum, a inexistência da prova de recolhimento de tributos pelos tabeliães e escriturais, representação, extrapolação dos poderes de representação, posição de fonte pagadora, bem como expedição indevida de certidões negativas.

Além da sujeição passiva direta, consubstanciada na figura do contribuinte, existirá ainda, como é notório, a possibilidade de responsabilização de pessoas alheias ao pagamento de tributos.

Em que se pese tantos outros dissensos apontados pelas críticas majoritárias, o aumento na criação de novas ocorrências do instituto da responsabilização neste ramo do direito, aponta Paulsen (2010), vem sendo um dos principais fatores que contribuem para os insatisfeitos questionamentos da população nacional.

Diante de vários precedentes sobre o tema, em especial ao Recurso Especial 738.512, o Superior Tribunal de Justiça, por meio da Súmula 435, pacificou o entendimento que o sócio-gerente poderá eventualmente ser responsabilizado se a empresa executada se dissolveu irregularmente, vale dizer, se deixou de exercer as suas atividades no local em que o elegeu como seu domicílio fiscal, sem prévio aviso aos órgãos competentes. Veja-se:

Súmula 345. Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente.

De acordo com o entendimento do STJ, em situações tais, não há de se falar em comprovação

de dolo, fraude ou excesso de poderes pelo sócio, eis que a própria norma tributária, por meio do artigo 127 do CTN, impõe a necessidade de indicação do domicílio tributário do contribuinte.

Convém registrar as próprias palavras do Superior Tribunal de Justiça, que considera que

Em se tratando de sociedade que se extingue irregularmente, impõe-se a responsabilidade tributária do sócio-gerente, autorizando-se o redirecionamento, cabendo ao sócio-gerente provar não ter agido com dolo, culpa, fraude ou excesso de poder. [...] uma empresa não pode funcionar sem que o endereço de sua sede ou do eventual estabelecimento se encontre atualizado na Junta Comercial e perante o órgão competente da Administração Tributária, sob pena de se macular o direito de eventuais credores, *in casu*, a Fazenda Pública, que se verá impedida de localizar a empresa devedora para cobrança de seus débitos tributários. Isso porque o art. 127 do CTN impõe ao contribuinte, como obrigação acessória, o dever de informar ao fisco o seu domicílio tributário, que, no caso das pessoas jurídicas de direito privado, é, via de regra, o lugar da sua sede. Assim, presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixa de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, comercial e tributário, cabendo a responsabilização do sócio-gerente, o qual pode provar não ter agido com dolo, culpa, fraude ou excesso de poder, ou ainda, que efetivamente não tenha ocorrido a dissolução irregular. No direito comercial, há que se valorizar a aparência externa do estabelecimento comercial, não se podendo, por mera suposição de que a empresa poderia estar operando em outro endereço, sem que tivesse ainda comunicado à Junta Comercial, obstar o direito de crédito da Fazenda Pública. Ainda que a atividade comercial esteja sendo realizada em outro endereço, maculada está pela informalidade, pela clandestinidade. Assim, entendendo presentes indícios de dissolução irregular, e neste caso, é firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que, nesta hipótese, não há que se exigir comprovação da atuação dolosa, com fraude ou excesso de poderes, por parte dos sócios, para se autorizar o redirecionamento da execução fiscal. Necessário apenas que haja indícios da dissolução irregular. Portanto, reconhecida a ocorrência da dissolução irregular da empresa é legítimo o redirecionamento da execução contra os sócios (REsp. 1017732/ RS, Rel. Ministra

Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 25-3-2008, *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 7 abr. 2008).

Destaca-se, por oportuno, que embora o art. 134, inciso VII, do CTN enuncie que existindo impossibilidade de se exigir o cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, responderão em solidariedade com este os sócios quando da liquidação de sociedade. Ocorre que a interpretação dada ao tema não se embasou neste dispositivo, eis que a sua aplicação estaria restrita aos casos de liquidação de pessoas, excluindo-se, portanto, as hipóteses de liquidação de capitais, como é o caso das sociedades anônimas e por cotas de responsabilidade limitada.

É o artigo 135, inc. III, do Código Tributário Nacional que serve de alicerce ao entendimento formulado pelo Superior Tribunal de Justiça. Por esta norma:

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:
[...]
III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Note-se que a norma mencionada apresenta em seu rol uma responsabilidade pessoal. Ressalta-se, ademais, que a responsabilidade é afetada apenas por atos comissivos, ora caracterizados como “os atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.”.

A simples ausência no pagamento de tributo, portanto, não é capaz de alcançar a responsabilidade do corresponsável. Este é, inclusive, o entendimento sumulado pelo STJ, em seu enunciado de n.º 430: “O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente.”.

A rigor, sempre que no curso de uma ação de execução fiscal se verificar que a empresa executada não promoveu sua dissolução regular, o polo passivo do feito será redirecionado, e passará a constar também a qualificação dos sócios que possuem o poder de gerência, promovendo-

-se sua citação, bem como, quedando-se inerte, os atos constitutivos necessários à satisfação do crédito da fazenda pública.

Esse redirecionamento da execução far-se-á, segundo jurisprudência pacífica, dentro do prazo de cinco anos, contados da citação da pessoa jurídica, como se vê no julgado abaixo colacionado:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO AO SÓCIO-GERENTE. PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA. 1. A citação da empresa executada interrompe a prescrição em relação aos seus sócios-gerentes para fins de redirecionamento da execução fiscal. No entanto, com a finalidade de evitar a imprescritibilidade das dívidas fiscais, vem-se entendendo, de forma reiterada, que o redirecionamento da execução contra os sócios deve dar-se no prazo de cinco anos contados da citação da pessoa jurídica. Precedentes: AgRg nos EREsp. 761.488/SC, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Primeira Seção, DJe de 7-12-2009; AgRg, no REsp. 958.846/RS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 30-9-2009; REsp. 914.916/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe de 16-4-2009. 2. Agravo regimental não provido (AgRg, no Ag. 1211213. Relator Min. Mauro Campbell Marques. 2.^a Turma. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 24 fev. 2011).

Ao passo em que a jurisprudência do STJ consolida estes entendimentos no ordenamento jurídico brasileiro, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem adotado posicionamentos que evidenciam maior rigor na aplicação do redirecionamento do feito fiscal diante de casos concretos. Prova disso é a recente decisão em que o STF destacou que os princípios norteadores da relação processual devem ser respeitados também no âmbito do processo administrativo fiscal, conforme se verifica no julgado abaixo.

AGRAVO REGIMENTAL. TRIBUTÁRIO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. AUSÊNCIA DE CORRETA CARACTERIZAÇÃO JURÍDICA POR ERRO DA AUTORIDADE FISCAL. VIOLAÇÃO DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO

PROCESSO LEGAL. INEXISTÊNCIA NO CASO CONCRETO. Os princípios do contraditório e da ampla defesa aplicam-se plenamente à constituição do crédito tributário em desfavor de qualquer espécie de sujeito passivo, irrelevante sua nomenclatura legal (contribuintes, responsáveis, substitutos, devedores solidários etc.). Porém, no caso em exame, houve oportunidade de impugnação integral da constituição do crédito tributário, não obstante os lapsos de linguagem da autoridade fiscal. Assim, embora o acórdão recorrido tenha errado ao afirmar ser o responsável tributário estranho ao processo administrativo (motivação e fundamentação são requisitos de validade de qualquer ato administrativo plenamente vinculado), bem como ao concluir ser possível redirecionar ao responsável tributário a ação de execução fiscal, independentemente de ele ter figurado no processo administrativo ou da inserção de seu nome na certidão de dívida ativa (Fls. 853), o lapso resume-se à declaração lateral (*obiter dictum*) completamente irrelevante ao desate do litígio. Agravo regimental ao qual se nega provimento (Revista dos Tribunais, v. 101, n. 917, 2012, p. 629-633. Supremo Tribunal Federal. Relator Min. Joaquim Barbosa. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 24 out. 2011).

Considerando que a Súmula 435 do STJ adota a sistemática de responsabilidade subsidiária ao prescrever em seu texto o teor “redirecionamento da execução fiscal”, nota-se, a partir disso, o grande dissenso provocado em volta do assunto após o entendimento do STF acima transcrito. Ora, a constatação de que a empresa se dissolveu de forma irregular tem interesse tão somente na fase processual, mormente em se tratando do chamamento de nova pessoa à composição do litígio. Por outro lado, a pessoa obrigada ao pagamento do tributo será, ordinariamente, a empresa devedora do crédito, de modo que, durante a fase administrativa é esta que será chamada a participar da sua constituição, e não seu administrador. O sócio-gerente, justamente pelo caráter subsidiário do aludido teor sumulado, não configurará como responsável até que se prove a dissolução irregular, o que significa que perante o contencioso administrativo fiscal, subsistirá apenas a figura do contribuinte, a pessoa

jurídica. Assim, a sujeição passiva do administrador fica caracterizadamente desvirtuada em face da não observância dos princípios processuais.

A súmula em questão, para certa parte da doutrina, apresenta em sua redação uma verdadeira presunção absoluta, não sendo possível a inclusão do sócio administrador, pois restará configurada violação aos princípios processuais, em razão de impossibilidade de contestação. Em contrapartida, Theodoro Júnior (2000, p. 38), além de sustentar a possibilidade do redirecionamento, o faz com o seguinte raciocínio:

É claro que na dissolução da sociedade a irregularidade do procedimento pode eventualmente ser praticada por outros sócios além dos administradores. Mas isto não é uma situação normal que sempre se possa presumir geradora de co-responsabilidade tributária nos termos do art. 135, III, do CTN. A presunção que se extrai do comum da vida e da sistemática seguida pelo CTN é a de que o abuso de gestão deve sempre ser imputado aos sócios que se acham investidos na administração da sociedade, e não a todos indistintamente.

Difícil será, nessas hipóteses, demonstrar a gestão da sociedade por pessoa alheia à administradora, devendo prevalecer, sempre que possível, a função normativa em consonância com a veracidade dos fatos, e não por sua literalidade integral.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muito se questiona acerca do aumento nas possibilidades de responsabilização tributária a entes que não os contribuintes, isto é, aqueles com vínculo direto em relação ao fato impositivo deflagrador da relação jurídico-tributária. Tais considerações, embora dotadas de legitimidade, são facilmente rechaçadas sob o ponto de vista social que as reveste.

A princípio, salienta-se que o posicionamento do STJ ocorreu notadamente através de manifestação expressa legal do art. 135, inc. III, do CTN. Por outro lado, considerando o teor da Súmula 435 do já referido Superior Tribunal de Justiça, notar-se-á que a sua

interpretação, deverá ser analisada mediante um único entendimento, isto é, quando diz o seu enunciado que “presume-se dissolvida irregularmente”, na verdade, o que se denota é tratar-se de presunção relativa, que comporta prova em sentido contrário.

Portanto, ainda que se admitam manifestações em contrário, a presente Súmula se encontra em respaldo pelas normas tributárias consolidadas, conforme faz questão de ressaltar Machado (2009).

Enfim, ponderando-se sobre a admissão da Súmula no ordenamento jurídico pátrio, mostra-se imperioso tecer algumas considerações no que diz respeito à sua aplicação no momento brasileiro atual.

O sistema tributário brasileiro deve ser encarado sob uma nova óptica. O que se vê nos dias atuais é uma política voltada apenas para a ampliação dos métodos de arrecadação estatal. Essa ampliação, que ocorre notadamente de maneira inversa, acontece tanto do sujeito ativo, quanto dos membros passivos da relação tributária. O fisco, além de aumentar a quantidade de tributos, eleva os seus cálculos mediante alíquotas crescentes.

Essa afronta, embora dotada de permissivos legais, afetam os valores isonômicos garantidos na ordem constitucional brasileira, devendo-se, pois, deixar de lado as regras processuais atinentes ao caso e obedecer aos ditames constitucionais, eis que disposto como direito fundamental e, portanto, de aplicação imediata.

A ofensa ao tratamento isonômico pode ainda ser vislumbrada a partir da responsabilização apenas do sócio-gerente, já que a constituição da sociedade empresária ocorre justamente pelo sócio não administrador. A sujeição ao pagamento de tributos é responsabilidade da sociedade empresária como um todo, não apenas do sócio-administrador. Ora, embora se trate de responsabilidade gerencial da empresa, seu administrador não poderá fazê-lo se o sócio não lhe repasse verbas para tanto.

O que se pondera com maior razoabilidade seria a promoção de incentivos fiscais para aqueles que desejam pôr fim às suas empresas, uma vez que se o empresário não prosseguiu no exercício

das suas atividades é de se concluir que ele encontrou dificuldades para tanto. Isso se intensifica ainda mais a partir da elevada carga tributária nacional.

Note-se a partir disso que o próprio Estado, ao dificultar seu encerramento, contribui para a falta de arrecadação de tributos ao erário e, ainda, e quase sempre, para a dissolução irregular da empresa.

Os benefícios impostos às sociedades empresárias devem guardar certa ponderação com as exigências de mercado, eis que, do contrário, sua função social se torna inviável se levados em consideração os ideais de desenvolvimento da pessoa jurídica.

A ânsia do Estado em arrecadar tributos vem se mostrando, portanto, incontroversa à sua efetivação. Algumas medidas, por mais que sustentadas legalmente, deixam de concretizar no pagamento dos tributos, quando, por outro lado, poderia ser de fácil de solução e beneficente para ambas as partes.

Não raras vezes, pois, é que a doutrina vem relacionando o tributo como uma verdadeira norma de rejeição social, onde a relação tributária entre fisco e contribuinte, a cada dia mais, vem se deteriorando com o tempo.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.
- BRASIL. Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 10 jan. 2002.
- BRASIL. Lei n.º 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, 25 de outubro de 1966.
- COELHO, Sasha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- PAULSEN, Leandro. *Direito tributário: constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SABBAG, Eduardo. *Manual de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Lei de execução fiscal: comentários e jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

***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):

revistaelectronica@fasa.edu.br

Periodicidade: semestral

Idioma: Português

Forma de distribuição: eletrônica, constante na página eletrônica 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, APRECIACÃO 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:

- aceitação e autorização da publicação, se aprovado pelo Conselho Editorial, com cessão dos direitos autorais de colaboração autoral inédita;
- ciência de que o material, se aprovado para publicação, poderá ser submetido a correção linguística, metodológica, de formatação e padronização;
- 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 dever 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:

- ser digitadas em tipos de tamanho 11;
 - ser recuadas em 2,5cm (duas vezes o espaço 1,25cm do parágrafo normal);
 - ter espaço simples (espaço 1) entre linhas;
 - 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.

